Münster 1937 No 5 Jur DiSS

Der Kurzbesitz

Ein Beitrag zur Besitzlehre

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster (Westf.)

vorgelegt von

Robert Kleine
Gerichtsreferendar
aus Lippstadt (Westf.)

84 91

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

Der Kurzbesitz

Ein Beitrag zur Besitzlehre

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster (Westf.)

vorgelegt von

Robert Kleine
Gerichtsreferendar
aus Lippstadt (Westf.)

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

Referent: Herr Prof. Dr. Kaser
Korreferent: Herr Prof. Dr. Schumann

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite:

Einleitung. 1

A. Die Problemstellung. 1

B. Der Lebenswert des Kurzbesitzes. 1

Erster Hauptteil:

A. Der Besitzbegriff nach gemeinem und nach heutigem Recht. 5

I. Die Besitzlehre Savignys. 5

II. Der Besitzbegriff nach bürgerlichem Recht und sein Verhältnis zum gemeinen Besitzrecht. 6

B. Die verschiedenen Ansichten über den Kurzbesitz. . . 7

I. im gemeinen Recht. 7

1. Die Ansicht Bekkers. 8

2. Die Ansicht Pininskis. 9

3. Die Stellungnahme Iherings. 11

II. Die Bestimmungsversuche nach geltendem Recht. — Die verschiedenen Möglichkeiten der Einordnung des Kurzbesitzes. 15

1. Besitzerlangung. 16

a) Mittelbarer Besitz. 17

b) Das Zeitproblem im § 868. 17

c) Annahme eines „Teilmitbesitzes". 18

2. Besitzdienerschaft. 19

a) Die Dauer 19

b) Die Art des Abhängigkeitsverhältnisses. . . 20

3. Analoge Anwendung der Besitzregeln. 23

4. Ablehnung der Besitzrechtsfolgen für den Kurzbesitz. 25

C. Kritik und Ergebnis. 30

Zweiter Hauptteil:

Vorschlag einer Lösung.

A. Grundlagen. 32

I. Der einzuschlagende Weg. 32

II. Der Gehalt des Besitzbegriffes nach dem BGB. . . 33

III. Die Besitzfunktionen. 35

1) Der Besitzschutz. 35

a) Bedeutung. 35

b) Grund des Besitzschutzes. 36

2. Die Zeichenwirkung. 38

a) Die Ausdrucksfunktion. 38

b) Die Rechtsscheinwirkung. 39

Seite:
3. Der materielle Besitzervorzug. 40
a) Die Rechtserhaltungswirkung. 40
b) Die Rechtsbegründungswirkung. 41
4. Die Pflichtfunktion. 42
IV. Die Relativität des Besitzbegriffs. 43
1. Die Relativität der Rechtsbegriffe. . . . 43
2. insbesondere der Besitzbegriff. 44
B. Die Besitzfunktionen in ihrer Beziehung zum Kurzbesitz. 45
I. Die Lehren aus der Besitzschutzwirkung. . . . 45
1. Das Zeitproblem. 45
2. Die Unrichtigkeit der „Vertragstheorie". . . . 46
3. Die Schutzmöglichkeiten. 48
II. Die Zeichenfunktion beim Kurzbesitz. 49
1. Die Ausdruckslage des Kurzbesitzes. 49
2. Der Erkenntniswert des Kurzbesitzes. . . . 50
III. Das Verhältnis des Kurzbesitzes zum mat. Besitzervorzug. 52
IV. Kurzbesitz und Pflichtfunktion. 53
V. Das grundsätzliche Ergebnis. 54
C. Die Stellung des Kurzbesitzes im System des Besitzrechts. 54
I. Die Stufengliederung. 54
1. Die verschiedenen Einteilungsreihen. . . . 54
2. Die Bestimmungsmerkmale der Stufengliederung. . 55
II. Die Ungleichartigkeit des Kurzbesitztatbestandes. . . 56
1. Die zwei Gruppen. 56
III. Die Einreihung in das System. 57
1. Der Kurzbesitz im eigentlichen Sinn. . . . 57
a) Die Kontinuitätslage. 57
b) Die Art der Einfügung. 59
c) Die beiden Möglichkeiten und ihre praktische Auswirkung. 59
aa) besitzvermittelnder Unterbesitz. . . . 59
bb) Teilmitbesitz. 60
2. Die kurzfristige Weisungsinhabung. 62
a) die fremdnützige Inhabung. 62
aa) Die Interessenlage. 62
bb) Die Gleichstellung mit der Besitzdienerschaft. 64
b) Die Gefälligkeitsinhabung. 64
aa) Die Interessenlage. 65
bb) Die Analogie zu § 855. 65
cc) Die praktische Auswirkung des Vorschlags. . 66
D. Das Endergebnis. 67

Literaturverzeichnis.

Aschmoneit, Gottfr.: Stellvertretung im Besitz. Diss. Rostock 1931.

Araventinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. Iher. Jahrb. 48/101.

Baron: Pandekten. 6. Auflage, Leipzig 1893.

Baron: Zur Lehre vom Besitzwillen in Iher. Jahrb. 29/192.

Baumgarten: Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode. Bd. I. 1920.

Bekker: Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880.

Bendix: Die Besitzlehre nach dem BGB, unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung. Recht Bd. 4 (1900), 45.

Biermann: Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen. 3. Buch. Sachenrecht, 3. Aufl. 1914.

Binder: Bemerkungen zum Methodenstreit in der Privatrechtswissenschaft ZfHR. Bd. 100, S. 4 ff.

Boley Gottfr.: Besitzstörung durch Einwirkung. Diss. Marburg 1932.

Bott-Bodenhausen: Formatives und funktionales Recht in der gegenwärtigen Kulturkrisis, Berlin-Grunewald. Dr. W. Rothschild 1926.

Brückner: Die rechtlichen Beziehungen zwischen den Gastwirten, sowie den Schank-Speisewirten (Restaurateuren) und ihren Gasten im Recht 1907 Sp. 1106 ff.

Bruns, V.: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Diss. Tübingen 1910.

Bunsen: Besitzschutz im BGB., in ArchbürgR. 23/69.

Burckhardt: Methode und System des R. mit Beispielen. Polygraph. Verlag AG. Zürich 1936.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd. 1. Abt. 7. + 8. Aufl. Jena 1924.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. III Berlin 1905.

Dernburg: a) Pandekten. I. Bd. Allg. Teil und Sachenrecht, 5. Aufl. 1896.
b) Lehrbuch des preußischen Privatrechts. I. Bd.: Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht, Halle 1894.

c) Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. III. Bd.: Das Sachenrecht, Halle 1898.
d) Entwickelung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts. Halle a. S. 1883.

Ebbeke: Besitzstand in: Recht 1913 Sp. 261 ff.

Eberhard: Wesen des Besitzes und Grund des Besitzschutzes in Mecklenburgische Ztschr. f. Rechtspflege, Rechtswissenschaft, Verwaltung, Rostock 1935, Heft 6, Sp. 211 ff.

Ehrenberg: Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister. Iher. Jahrb. 47/273 ff.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1. Abt. Sachenrecht, 8./9. Aufl. 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
a) II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, bearb. von Lehmann, 12. Bearb. Marburg 1932.
b) III. Bd. Sachenrecht, bearb. v. Martin Wolff, 9. Bearb. Marburg 1932.

Fischer-Henle-Titze: Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 14. Aufl. München 1932.

Fuchs, W.: Stellvertretung beim Besitzerwerb. Diss. Marburg 1920.

Gierke, Jul. v.: Bürgerliches Sachenrecht, 2. Aufl. Berlin 1928 in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, hrsg. von Kohlrausch.

Gierke, O. v.: Deutsches Privatrecht. II. Bd. Sachenrecht, Leipzig 1905.

Gierke, O. v.: Ist nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? — Gutachten in den Verhandlungen des 24. Dt. Juristentages. III. Bd. Berlin 1898 S. 29 ff.

Goldschmidt, L.: Vermischte Schriften, Bd. I: Grundlagen der Besitzlehre. Berlin 1901.

Handel, Erich: Der mittelbare Besitz und der gutgläubige Fahrniserwerb. Diss. Tübingen 1934.

Heck, Phil: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Heck: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.

Heck: Das Problem der Rechtsgewinnung. Tübingen 1912.

Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. ArchzivPr. 112 (1914) S. 1 ff.

Heck: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz Tübingen 1932.

Hellmann: Besprechung von Bruns: „Besitzerwerb durch Stellvertreter", Krit. Vierteljahrsschr. für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 50 S. 104. München und Berlin 1912.

Hoeniger: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim und Leipzig 1910.

Hübner: Grundzüge des Deutschen Privatrechts. 5. Aufl. Leipzig 1930.

Ihering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 2. Teil. 2. Abt. Leipzig 1869.

Ihering: Der Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen in Iher. Jahrb. 23/155 (1885).

Ihering: Der Besitz in Iher. Jahrb. 32/41 (1893).

Ihering: Der Besitzwille, Jena 1889.

Jung: Bürgerliches Recht, I. Bd. bei Stammler: Das gesamte deutsche Recht, Berlin, Stilke 1931.

Keith, Frz.: Die analoge Anwendung der Regeln über die Stellvertretung auf den Besitzerwerb durch den Besitzdiener. Diss. Münster 1931.

Kniep: Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber dem römischen und gemeinen Recht. Jena 1900.

Kohler: Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch IV.: Vertrag und Übergabe, im ArchöR. 18/1, 1900.

Kreß: Besitz und Recht, eine zivilrechtliche Abhandlung. Nürnberg und Leipzig 1909.

Kudla, Alfons: Besitzerwerb durch dritte Personen. Diss. Breslau 1930.

Kuhlenbeck: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts, 58. Folge, Der Leihvertrag (Kommodat). Das Prekarium (Siehe auf beliebigen Widerruf=Bittleitn).

Lasch, Werner: Stufung und Spaltung des mittelbaren Besitzes, Diss. Marburg 1934.

Last: Fragen der Besitzlehre in Iher. Jahrb. 63/71 1913.

Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. I. Bd. hersg. v. Stier=Somlo Berlin und Leipzig 1928.

Leinfelder: Die Regelung des Besitzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch im Vergleich zum römischen Recht. Diss. Erlangen 1930.

Leonhard, R.: Ein amerikanisches Urteil über die deutsche Besitzlehre in Festschrift für O. v. Gierke, Weimar 1911.

Leske: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und das Preuß. A.L.R. 1. Hälfte, 1 + 2 Aufl. Berlin 1900.

Lorenzen: Der Begriff des mittelbaren Besitzes. Diss. Marburg 1934.

Mächtig, Hans: Die rechtlichen Beziehungen der Schank- und Speisewirte zu ihren Gästen, zugleich ein Beitrag zur Besitzlehre. — Berlin, C. Heymann Verlag 1924.

Maenner: Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1906.

Melle, Kurt: Die Besitztatbestände in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Diss. Jena 1934.

Miescher: Die Besitzinterdikte unter Mitbesitzern. ArchzivPr. 59/149.

Motive: zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. III, Sachenrecht 1888.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. III. Bd! Sachenrecht, Berlin 1899.

Müller-Erzbach: Gefühl oder Vernunft als Rechtsquelle. ZfHR. 73/429 (442 ff.).

Müller-Erzbach: Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes. Jher. Jahrb. 1912 61/343 ff.

Müller-Erzbach: Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Tübingen 1932.

Müller-Erzbach: Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen? München und Leipzig 1934.

Müller-Erzbach: Das Recht des Besitzes an der vom Gesetz vorausgesetzten Interessen- und Herrschaftslage entwickelt. ArchzivPr. 142, 5 ff.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 3. verb. Aufl. Berlin 1903.

Oertmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. Berlin 1927.

Oertmann: Über Goldschmidts Besitzlehre. ArchbürgR. (1902) 20/220.

Oertmann: Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein. ZHR. Bd. 95, S. 443 ff.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. III. Bd., bearb. von Brockmann, 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1920.

Raape:	Gebrauchs- und Besitzüberlassung. Iherings Jahrb. 71/97.
Ramdohr:	Das Rechtsscheinprinzip zum Schutz mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB. GruchArch. 44 (1900 S. 659).
Regelsberger:	Besitzerwerb durch Mittelspersonen. Iher. Jahrb. 44/398.
Rhode:	Studien im Besitzrecht, Marburg 1908/13, Bd. II.
Rotering:	Aus der Lehre vom Besitze in ArchöR. 27 (1906) S. 55 ff.
Rottenberger:	Die Rechtsquellen im neuen Staat, in DJZ. 1936 Nr. 1, Sp. 22 ff.
Rosenberg:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bearbeitet von Hölder, Schollmeyer, Rosenberg, A. B. Schmidt, Fuchs. Sachenrecht. 1. Halbb. bearb. v. Rosenberg, München 1919.
v. Savigny:	Das Recht des Besitzes, hersg. von Rudorff, Wien 1865. 7. Auflage.
Schindler, Fritz:	Der Besitzerwerb durch Stellvertreter. Diss. Breslau 1926.
Schirop, Horst:	Raumlage und „tatsächliche Gewalt". Diss. Marburg 1935.
Schlie, Fried. Wilh.:	Wie verhalten sich § 227 und §§ 859, 860 BGB. zueinander. Diss. Rostock (ohne Jahresangabe).
Schmelzeisen:	Die Relativität des Besitzbegriffs im ArchzivPr. 136 S. 38 und S. 127.
v. Seeler:	Zur Lehre vom Mitbesitz. Iher. Jahrb. 44/364.
Sokolowski:	Die Philosophie im Privatrecht. Bd. II: Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen BGB. Halle a. S. 1907.
Spaeth:	Der Gewahrsamsbegriff der ZPO. und ihr Verhältnis zum Besitzbegriff des BGB. Diss. Jena 1931.
Stampe:	Aus einem Freirechtslehrbuch. ArchzivPr. 107 S. 274.
Staudinger:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. III. Bd. Sachenrecht, bearb. von Kober, 1. Teil, 10. neubearb. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1935.
Stintzing:	Besitz, Gewere, Rechtsschein, im ArchzivPr. 109/352 ff.
Stolz:	Der Besitzdiener und die Stellvertretung im Besitzerwerb. Diss. Marburg 1913.
Straube:	Besitzverlust durch Besitzdiener. Diss. Leipzig 1908.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. in Jher. Jahrb. 38 (1898) S. 1.

v. Thur: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. II. Bd. 2. Aufl. München und Leipzig 1918.

Weimann, Karl-Heinz: Über das Wesen und den Schutz des mittelbaren Besitzes. Diss. Erlangen 1934.

Wendt: Besitz und Innehabung. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 3. Buch. 2. Abschnitt: Kritik und Gegenvorschläge. ArchziwPr. 74/135.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. bearb. v. Kipp. Frankfurt a. M. 1906.

Zieschank, Günter: Zum Begriff der verbotenen Eigenmacht. Diss. Jena 1934.

Einleitung.

A. Die Problemstellung.

Die Untersuchung befaßt sich mit dem Problem des sogenannten „Kurzbesitzes". Dieser zuerst wohl von Heck[1] gebrauchte Ausdruck bezeichnet eine Erscheinung des täglichen Lebens, die in Wissenschaft und Praxis bisher nur wenig Beachtung gefunden hat. Der Kurzbesitz unterscheidet sich von dem normalen Besitz des Sachenrechts — wie schon sein Name besagt — durch die Kürze seiner Lebensdauer. Diese ist gewöhnlich dadurch bedingt, daß der Kurzbesitzer die Herrschaft über die Sache ihrer Bestimmung gemäß nur vorübergehend ausübt, sei es im eigenen Interesse oder im Interesse eines anderen. Mit der Erlangung der Sachherrschaft ist gleichzeitig ihrer Dauer ein Ziel gesetzt.

Unter Kurzbesitz sollen demnach alle die Fälle selbständiger oder abhängiger Innehabung von Sachen verstanden werden, die ihrer Natur nach nur vorübergehend ist.

Die dieser Erscheinung bisher zuteil gewordene untergeordnete Behandlung wird ihrer Bedeutung nicht gerecht, denn die rechtliche Betrachtung dieses Lebenstatbestandes führt, wie die Untersuchung zeigen wird, an die Wurzeln der Besitzlehre heran, und auch ihre praktischen Folgen sind von bedeutender Tragweite. Die hier zur Erörterung stehende Frage ist dahin zu stellen: Welche Regeln des Besitzrechts finden auf den Kurzbesitzer Anwendung? Ist er als Besitzer anzusehen oder nur als Besitzdiener, verneinendenfalls, finden diese Vorschriften analoge Anwendung oder ist für Heranziehung der Besitzregeln überhaupt kein Raum?[2].

B. Der Lebenswert des Kurzbesitzes.

Die Frage nach der besitzrechtlichen Seite des Kurzbesitzes ist von großer praktischer Bedeutung im Hinblick auf eine der wichtigsten Funktionen des Besitzes, den Besitzschutz. Wer den Besitz an der in seinen Herrschaftsbereich gekommenen Sache erlangt, der hat gegenüber Angriffen Dritter nach § 859 BGB. das Recht der

[1] Heck, Sachenrecht, § 6 Nr. 5.

[2] Aus dieser Problemstellung ergibt sich von selbst, daß der Ausdruck „Kurzbesitz" nicht im gesetzestechnischen Sinne verstanden werden darf. Er hat aber inzwischen Eingang in die Literatur gefunden und soll daher mit obigem Vorbehalt beibehalten werden.

Selbsthilfe. Dieses ist für den Kurzbesitzer insofern von großem Wert, als er bei der nur kurzen Zeit seiner Inhabung auf einen schnellen und wirksamen Schutz gegen unberechtigte Angriffe angewiesen ist. — Das Gleiche gilt entsprechend bei der Annahme einer Besitzdienerschaft, da hierauf die Bestimmung über die Selbsthilfe durch § 860 BGB. für anwendbar erklärt ist. — Es ist anerkannten Rechts, daß die dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte der Besitzwehr und Besitzkehr weiter reichen als die in dem § 227 BGB. gegebenen allgemeinen Notwehr- und Selbsthilferechte[3]. Diese kommen an sich zwar auch für den Besitzer in Betracht. Denn der Angriff des § 227 kann sich auch gegen den Besitz als Vermögensobjekt richten, da sich in diesem ein Zustand verkörpert, der durch Eigenmacht des Besitzers gegen einen Angriff aufrechterhalten werden darf[4]. Und wenn der § 229 bei der Wegnahme einer Sache in unerlaubter Selbsthilfe die Widerrechtlichkeit ausschließt, so umfaßt er damit auch die erlaubte Eigenmacht des Besitzers. Insoweit stimmen die allgemeinen Regelungen mit dem besonderen Recht des Besitzschutzes überein. Der § 227 verlangt aber darüber hinaus Gegenwärtigkeit des Angriffs. Dieser ist schon in dem Zeitpunkt abgeschlossen, in dem der bisherige Besitzer die tatsächliche Herrschaft über die Sache verloren hat[5]. Dagegen gibt § 859 die Möglichkeit, den auf frischer Tat ertappten Täter zu verfolgen, um sich der Sache wieder zu bemächtigen. Auch § 229 stellt gegenüber dem Besitzerselbstschutz zwei weitere Erfordernisse auf: Das Fehlen rechtzeitiger obrigkeitlicher Hilfe und die Gefahr des Anspruchsverlustes ohne sofortiges Eingreifen[6]. Schließlich sei noch auf die Erleichterung der Feststellung der Widerrechtlichkeit des Angriffs in § 858 hingewiesen. Diese ergibt sich im Falle des § 859 bereits aus der Tatsache, daß der Besitzer „ohne seinen Willen" im Besitz gestört wird[7], während ihre Feststellung im Falle der §§ 227 ff. stets erst eingehenden Nachweises bedarf[8].

Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich, daß die Voraussetzungen des besonderen Besitzerselbstschutzes viel leichter erfüllt sind als die der allgemeinen Notwehr- und Selbsthilferechte. Es kann daher für den Kurzbesitzer nicht gleichgültig sein, zu wissen, ob er für die kurze Zeit seiner Inhabung Besitzer geworden ist und damit den wirkungsvolleren Schutz des Eigenmachtsverbots nach § 859 genießt, oder ob er nicht Besitzer geworden ist und damit gegebenenfalls auf die allgemeinen Selbsthilferechte mit ihren erschwerten Voraussetzungen angewiesen ist.

---

[3] vgl. Staudinger, Sachenrecht 2. Teil Anm. I 1 zu § 859; RGRK. Anm. 2 zu § 859; Warn. zu § 859; RG. v. 4. 5. 34 im Jahrb. d. DR. 1935 S. 388 — für den 2. Entwurf des BGB. vgl. auch Bekker in JherJ. 34/1 (12).

[4] v. Tuhr BGB. II, 2 § 95 II; Planck I, 1 a zu § 227.

[5] Staudinger, Anm. 2c zu § 227; RGRK. Anm. 4 zu § 227; Schlie S. 10.

[6] vgl. Cosack-Mitteis 2. Bd. § 13 II 1.

[7] Staudinger Sachenrecht 1. Teil, Anm. I, 2 zu § 858.

[8] vgl. auch Schlie S. 13.

Die Frage nach dem Übergange des Besitzes kann darüber hinaus von Bedeutung sein für weitere Schutzmittel, auf die hier nur hingewiesen werden soll, da sie infolge der Schwerfälligkeit ihrer Durchsetzung oder aus allgemeinen, durch die kurze Lebensdauer des Kurzbesitzes bedingten Gründen praktisch keine große Rolle spielen. Es sind dies die Besitzschutzklagen der §§ 861, 862, die petitorischen Schutzmittel des Besitzers gegen den Eigentümer nach den §§ 986, 994—1003 und die obligatorischen Ansprüche der §§ 812[9] und 823[10], die sämtlich eine Besitzlage voraussetzen.

Auch auf anderen Gebieten hat das Gesetz Rechtsfolgen an den Besitztatbestand geknüpft, die für die Frage nach der Besitzeigenschaft des Kurzbesitzes bedeutsam werden können. Zu denken ist hier insbesondere an die Regelung des Eigentumserwerbs in den §§ 929 ff. Hier wird der Besitz zum Ausweis für die Ernstlichkeit des Übereignungswillens erhoben, indem neben der Einigung die Besitzübergabe verlangt wird. Nun ist es ohne weiteres klar, daß der Kurzbesitz nicht für den Normalfall der Übergabe nach § 929 in Betracht kommt, da er nur vorübergehend bestehen soll, während § 929 gerade die endgültige Besitzübergabe zur Eigentumsbegründung betrifft. Die Frage wird aber praktisch in den Fällen der Ersatzübergabe nach den §§ 929 Satz 2 und 931 und ist dahin zu stellen, ob die nur vorübergehende Inhabung der Sache in den Händen des Erwerbers zur Grundlage des Eigentumsübergangs durch bloße Einigung nach § 929 Satz 2 und in den Händen eines Dritten durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 werden kann. — Vor allem aber zeigt sich die Bedeutung des Problems beim Eigentumserwerb kraft guten Glaubens, der die Besitzlage zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers mit einer Eigentumsvermutung ausstattet. Erwirbt jemand gutgläubig vom „Kurzbesitzer" die Sache, so wird er geschützt, wenn dieser von seinem Vordermann den Besitz bekommen hatte. Hat er jedoch nichts als eine vorübergehende Inhabung erhalten, so darf der Erwerber, obwohl er der Sache vielfach keinen Unterschied ansieht, diesem Tatbestand nicht vertrauen. Denn obschon anzunehmen ist, daß der Veräußerer in jedem Falle spätestens im Augenblick der Veräußerung den Besitz der Sache ergriffen hat, scheitert der Eigentumserwerb des Empfängers dort am § 935 Abs. 1, der aus noch zu erörternden Gründen die Eigentumsvermutung der Besitzlage durchbricht, wenn die Sache dem Berechtigten abhanden gekommen ist. Der Eigentümer der abhanden gekommenen Sache ist daher in seinem Rechte dann geschützt, wenn der Kurzbesitzer wirklichen Besitz erlangt hat.

---

[9] Statt aller Planck BGB. II, 2 Anm. I 1a zu § 812 und die das. Zitierten.

[10] RGRK. Anm. 9 zu § 823; Planck BGB. II, 2 S. 1720; Staudinger, Sachenrecht Vorb. 7 vor § 854 und Schuldrecht 3. Teil Anm. II A 2e zu § 823 S. 1774; RGZ. 105/213 (218) mit weiteren Nachweisen für die Rechtspr.

Im Folgenden sollen zunächst die verschiedenen in der Literatur bestehenden Ansichten über den Kurzbesitz zusammengestellt werden. Aus ihren gemeinsamen und ihren unterscheidenden Merkmalen soll das Wesen des Kurzbesitzes herausgestellt und der Weg zu einer Lösung des Problems gezeigt werden. — Bei Prüfung des vorhandenen Materials mag es zunächst auffällig erscheinen, daß zwar die Literatur sich mit dem Problem, wenn auch meist nur sehr kurz und beiläufig, beschäftigt hat, dagegen in der Rechtsprechung bisher nahezu kein einziger derartiger Fall behandelt wird. Das dürfte seine Erklärung darin finden, daß der Kurzbesitz sich, wie bereits angedeutet, infolge seiner zeitlich nur sehr beschränkten Lebensdauer nicht zum Klagschutz eignet. Hinzu kommt noch, daß das natürliche Empfinden des Volkes in aller Regel wohl zu entscheiden weiß, was in diesen Fällen rechtens ist. Wer nur vorübergehend eines Anderen Sache inne hat, ist sich bewußt, daß er sie dem Besitzer nicht vorenthalten darf und daß dieser im Recht ist, wenn er die Sache notfalls mit Gewalt wieder an sich reißt[11]. Zu einer Anrufung der Gerichte wird es daher in den seltensten Fällen kommen. Wohl aber kann es vorkommen, daß der Kurzbesitz zur Inzidenzfrage wird, wenn an die Erlangung eines nur kurzen Besitzes weitere besitzrechtliche Folgen geknüpft werden, wie dies im Tatbestande von RGZ. 75 S. 223 der Fall gewesen ist[12].

[11] vgl. Jhering, Der Besitzwille, S. 507, der hier von „Jurisprudenz des täglichen Lebens" spricht.

[12] Hier handelt es sich um die Frage, ob zur Abtretung der Forderung aus einer Briefhypothek gemäß §§ 1154, 1117 auch die nur ganz vorübergehende Innehabung des Briefes durch den Zessionar ausreichend sei. Das RG. hat diese Frage verneint, da in dem Falle nur der „Schein einer Übergabe" vorgelegen habe.

Erster Hauptteil.

A. Der Besitzbegriff nach gemeinem und nach heutigem Recht.

I. Die Besitzlehre Savignys.

Der Tatbestand des Kurzbesitzes war bereits im gemeinen Recht unter der Bezeichnung der momentanen Detention bekannt. Bevor daher auf die gemeinrechtliche Stellungnahme zu dem Problem eingegangen wird, soll ein kurzer Überblick über den Besitz- und Detentionsbegriff des gemeinen Rechts sowie deren Verhältnis zu dem heutigen Besitzrecht gegeben werden, da dadurch die Verschiedenheit der Ansichten der einzelnen Bearbeiter besser verständlich wird.

Den Ausgangspunkt für die gemeinrechtliche Lehre vom Besitz bildet Savignys grundlegendes Werk „Das Recht des Besitzes“[13], das die erste übersichtliche Darstellung dieses Rechtsgebietes enthält. Nach Savigny ist die Besitzlage (possessio) dadurch gekennzeichnet, daß sie Besitzschutz oder Ersitzungsmöglichkeit gewährt. Deshalb gilt als Besitzer im Rechtssinne nur, wer den Besitzschutz genießt oder ersitzen kann. Der erstere ist der juristische oder Interdiktenbesitzer des gemeinen Rechts, der letztere der Usukapionsbesitzer“[13a]. Zu den Interdiktenbesitzern gehören außer dem juristischen Besitzer im eigentlichen Sinne, dem Eigentumsbesitzer, noch der Faustpfandgläubiger, der Prekarist, der Sequester, der Emphyteuta und der Superfiziar. Wer hingegen eine rein tatsächliche Herrschaft ausübt, ohne darin rechtlich geschützt zu sein, ist nur Inhaber, oder, was dasselbe ist, Detentor. Dabei ist es gleichgültig, ob er diese Herrschaft ausschließlich im fremden Interesse ausübt wie der Verwahrer oder Stellvertreter, oder ob er im eigenen Interesse, aber unter Anerkennung der Herrschaft eines anderen die Sache nutzt wie etwa der Mieter, Entleiher oder Nießbraucher[14].

Voraussetzung des juristischen Besitzes ist nach Savigny ein rein körperliches tatsächliches Verhältnis zwischen dem Besitzer und der Sache, verbunden mit dem Willen der Person, die Sache vollständig für sich zu haben. Unter dem tatsächlichen Gewaltverhält-

[13] Savigny, Das Recht des Besitzes (Gießen 1803), hersgg. von Rudorff, Wien 1865, 7. Auflage.
[13a] Savigny a.a.O. S. 25 f., Baron Pand. § 112 S. 212 ff.
[14] Savigny a.a.O. S. 282 ff.

nis, dem „corpus", versteht Savigny den Zustand, in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich ist, sondern jede fremde Einwirkung verhindert werden kann. Deshalb verlangt er auch zur Begründung des corpus-Verhältnisses Gegenwart des Erwerbers bei der Sache und sieht nur dann davon ab, wenn bewegliche Sachen in die custodia des Hauses gelangen, da innerhalb dieses Raumbezirks die dem römischen Recht eigene absolute Herrschaftsgewalt des Hausherrn wirke[15]. Für den Besitzwillen verlangt Savigny den animus domini, dem der animus rem sibi habendi gleichgestellt wird, sodaß nur derjenige juristischer Besitzer wird, der die Sache als ihm gehörig, als Eigenbesitzer inne hat. Da jedoch mit dieser Formulierung des Besitzwillens der Interdiktenbesitz des Faustpfandgläubigers, Prekaristen usw. nicht in Einklang zu bringen ist, greift Savigny zu der Erklärung, daß diese den Besitzschutz nur genießen kraft bloßer Übertragung des eigentlich dem Eigentümer zustehenden jus possessionis, das sind die sich aus dem Besitz ergebenden Rechte. Diesen Besitz bezeichnet er daher als „abgeleiteten Besitz"[16]. — Die Detention erfordert gleichfalls ein solches körperliches Verhältnis zur Sache wie der juristische Besitz, nur fehlt es dem Detentor an einem eigenen Besitzwillen (S. 26/27 a.a.O.). Der Unterschied zwischen juristischem oder Interdiktenbesitz und der Innehabung liegt hiernach in der Willensrichtung des Inhabers der tatsächlichen Gewalt. Diese Besitzlehre Savignys und insbesondere seine Willenstheorie ist, wie sich noch zeigen wird, in der Folgezeit angegriffen worden.

II. Der Besitzbegriff nach bürgerlichem Recht und sein Verhältnis zum gemeinen Besitzrecht.

Das BGB. hat die gemeinrechtliche Unterscheidung von possessio und detentio nicht aufrecht erhalten. Nach § 854 ist heute jeder wirklicher Besitzer, der die tatsächliche Gewalt über die Sache hat. Dabei kommt es nicht wie im gemeinen Recht darauf an, ob er diese ausschließlich für sich und dauernd in Anspruch nimmt (wie ein Eigenbesitzer), ob er sie zwar für sich, aber nur zu bestimmten Zwecken und für die Dauer bestimmter Rechtsverhältnisse (als Mieter, Entleiher, Nießbraucher) ausübt oder ob er sie überhaupt nur für einen Anderen (z. B. als Verwahrer, Beauftragter) inne hat.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß der Inhaber der tatsächlichen Gewalt auch Besitzer der Sache ist, macht das Gesetz im § 855 für den Besitzdiener. Dieser übt die tatsächliche Gewalt nicht für sich, sondern für einen Anderen aus, dessen Weisungen bezüglich der Sache er zu folgen verpflichtet ist, sodaß nach allgemeiner Verkehrsanschauung nur der Andere als Besitzer erscheint. Ein solches

[15] A.a.O. S. 108 ff.; 126 ff. Kniep S. 19.
[16] A.a.O. S. 119 ff., 282 ff.

Abhängigkeitsverhältnis ist nach der Erfahrung des täglichen Lebens dann anzunehmen, wenn die Gewaltsausübung in einem dem Haushalt oder Erwerbsgeschäft ähnlichen Verhältnis geschieht. Darin ähnelt der Besitzdiener den römischen Hauskindern, Prokuratoren und Sklaven, die unmittelbar für den Hausherrn Besitz ausübten und erwerben konnten[17]. Während bei den Detentoren aber das körperliche Verhältnis zur Sache, das corpus, vollkommen von dem juristischen Besitzer gelöst sein konnte, behält heute der Besitzer auf Grund jener Verkehrsanschauung immer noch ein gewisses Mindestmaß tatsächlicher Gewalt über die Sache[18]. Der Besitzdienerbegriff ist also enger gefaßt als die detentio des gemeinen Rechts, während der Besitzbegriff eine Erweiterung erfahren hat durch Aufnahme der nicht mehr unter die Besitzdienerschaft fallenden Detentionsfälle.

Eine weitere Neuerung gegenüber dem gemeinen Besitzrecht hat das BGB. mit der Einführung des mittelbaren Besitzes geschaffen. Während früher eine possessio plurium in solidum ausgeschlossen war[19], ist nach § 868 nicht nur der unmittelbare Inhaber der tatsächlichen Gewalt, sondern auch der Andere, demgegenüber der Gewalthaber zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, wirklicher Besitzer. Die Anerkennung dieser doppelten Besitzerstellung beruht in erster Linie auf der Erkenntnis, daß sowohl der mittelbare Besitzer, der trotz Aufgabe der tatsächlichen Gewalt nicht zur Besitzaufgabe gewillt ist, als auch der unmittelbare Besitzer, der kraft eines bestimmt gearteten Abhängigkeitsverhältnisses von jenem eine gewisse verselbständigte Stellung hat, ein Bedürfnis nach Besitzschutz hat. Hier zeigt sich deutlich ein wesentlicher Fortschritt der neuen Regelung gegenüber dem gemeinen Recht. Während früher immer nur der eine von beiden Besitzer war, entweder der juristische Besitzer oder der abgeleitete Besitzer Savignys, haben heute beide, sowohl der mittelbare als auch der unmittelbare Besitzer, die Stellung eines wirklichen Besitzers und damit entsprechenden Schutz.

B. Die verschiedenen Ansichten über den Kurzbesitz.

I. Im gemeinen Recht.

Im gemeinen Recht hat das Problem des Kurzbesitzes wenig Beachtung gefunden[20]. Soweit es überhaupt berührt wurde, fand

[17] Savigny S. 226; Kniep S. 18 ff.
[18] vgl. Staudinger Anm. II zu § 855; Leinfelder, S. 18.
[19] vgl. D. 41, 2, 3, 5; ferner Savigny S. 170 ff.; nicht zu verwechseln mit der compossessio pro partibus indivisis, der heute der Mitbesitz entspricht.
[20] vgl. Bekker, Recht des Besitzes, S. 162 sowie Jhering, Besitzwille S. 512.

es meist bei der Behandlung der Detention seine Erwähnung. Ihering braucht in seinem 1889 erschienenen Werk „Der Besitzwille" als erster den Ausdruck: Momentanes Detentionsverhältnis, offenbar im Anschluß an Bekker und Pininski, auf die er an dieser Stelle verweist. Diese sprechen bei der Behandlung der gemeinrechtlichen detentio von einem „momentanen Gewaltverhältnis"[21], von „momentanem und vorübergehendem Gebrauch" und von „momentaner Innehabung"[22] und meinen damit Inhabungen mehr oder minder vorübergehender Natur. Von dort aus hat die Bezeichnung „momentanes Detentionsverhältnis" ihren Weg in das moderne Schrifttum gefunden und so erklärt es sich auch, daß man hier vielfach dem Kurzbesitz unter dem Namen der momentanen Detention begegnet, obwohl das BGB. eine Detention im eigentlichen Sinne garnicht mehr kennt. — Daß mit dieser Bezeichnung im gemeinen Recht aber noch nicht Stellung genommen wurde zu den rechtlichen Folgen dieses Tatbestandes, zeigen die verschiedenen Ansichten, die darüber entstanden sind.

1. Die Ansicht Bekkers.

Bekker berührt das momentane Detentionsverhältnis nur kurz[23]. Auch er verlangt zum Tatbestand des Besitzes „animus" und „corpus", versteht jedoch unter „animus" mehr als den bloßen Willen zum Besitz. Auch mit dem „Corpus", sagt er, sei schon ein reiner Willensakt verbunden, denn "corpus" sei Handlung, gewollte Körperbewegung, die durch ein Gebot, das vom Zentrum der Willenskraft ergehe, ausgelöst werde. Das Wort Wille für animus sei daher zu vieldeutig und treffe auch nicht den Kern der Sache. Unter animus sei vielmehr eine Vorstellung zu verstehen, die die Ursache der Besitzergreifung, das Motiv der Handlung darstelle, und deshalb am besten mit „Absicht" bezeichnet werde. Diese Absicht muß sich nach ihm auf den Erwerb bzw. die Erhaltung eines Gewaltverhältnisses, dessen Ausgestaltung allerdings schwer bestimmbar sei, an dem Besitzgegenstand beziehen. Er schreibt darüber folgendes: „Aber noch fragwürdiger, insonderheit durchstrittener ist die Art des Gewaltverhältnisses selber. Ich möchte zunächst hervorheben, was in den Quellen meines Wissens auch nicht ausdrücklich hervorgehoben wird, doch mit den Einzelentscheiden harmoniert, daß nämlich die Absicht sich nicht richten darf auf eine bloß momentane sofort wieder aufzugebende Gewalt. Wer einen Stein nimmt nach Früchten zu werfen, die am Baum hängen, wer einen Stock ergreift oder sonst irgendeine Waffe, um sich gegen einen ihn attackierenden Hund oder ein noch schlimmeres Tier zu wehren, auch der Dieb, der die Leiter im Hinterhaus nimmt, um ins

[21] Bekker, Recht des Besitzes, S. 162.
[22] vgl. im einzelnen die Darstellung der Ansicht Pininskis weiter unten S. 9 ff.
[23] Bekker, Recht des Besitzes, 1880, S. 159 ff. (162).

Vorderhaus einzusteigen, machen sich diese zu juristischen Besitzern von Stein, Stock, Leiter usw.?"

Hier greift Bekker einzelne Fälle momentaner Detention auf, denen er offenbar auf Grund dieser rhetorischen Fragestellung juristischen Besitz und damit den Interdiktenschutz absprechen will. Dies wird noch deutlicher an einer anderen Stelle (S. 163), an der er feststellt, daß derjenige regelmäßig kein juristischer Besitzer sein könne, der zwar Besitzhandlungen vornehme und daher das corpus possessionis habe, dabei aber den animus dominis verleugne, indem er das Eigentum eines ihm bekannten oder unbekannten Dritten anerkenne. Darunter fallen aber offensichtlich die von ihm angeführten Fälle. Wenn Bekker diesen Beispielen vorübergehender Innehabung wohl die Besitzeigenschaft abspricht, so ist demgegenüber doch festzuhalten, daß er den Kreis der ihm zur Entscheidung stehenden momentanen Detentionsverhältnisse sehr eng gezogen hat. Die hier zitierte Stelle kann daher kaum als abschließendes Urteil über das Problem angesehen werden.

2. Die Ansicht Pininskis.

Das Gleiche muß auch gesagt werden über die von Pininski[24] untersuchten Fälle momentaner Detention. Pininski steht auf dem Standpunkt, daß nicht jedes faktische Verhältnis zur Sache, welches im Leben auf Grund flüchtiger Beobachtung ein „Haben" genannt werden könnte, unter den Begriff der Detention — sei es für den augenblicklichen Inhaber oder für andere — falle. Er leugnet deshalb das Bestehen eines Detentionsverhältnisses überall da, wo das faktische Verhältnis zur Sache nur ganz vorübergehend ist, und führt zur Stützung seiner Ansicht folgende Fälle an[25]: Jemand macht nur einen momentanen und vorübergehenden Gebrauch von der Sache, um sie gleich wieder aufzugeben; jemand hat eine Sache momentan inne, ist jedoch (infolge der physischen Beschaffenheit der Sache oder sonstiger Hindernisse) nicht imstande, die Innehabung aufrechtzuerhalten; jemand leistet durch sein vorübergehendes physisches Ergreifen der Sache dem Besitzer bei seiner Innehabung nur faktische Hilfe; jemand nimmt eine in seine Nähe gebrachte Sache faktisch an sich, aber nur um sie sofort dem früheren Besitzer oder dem Eigentümer zurückzuerstatten, wie z. B. zufällig auf sein Grundstück gelangte Sachen, um sie dem bisherigen Besitzer auszuhändigen. — Pininski bezieht sich dabei auf Bekker (a.a.O.), wirft diesem jedoch vor[26], daß er nur Fälle anführe, wo das körperliche Verhältnis so momentan sei, daß es höchstens einige Minuten lang dauere. Abweichend davon will Pininski auch solche Fälle hierher zählen, in denen das Haben bedeutend weniger momentan sei. Er könne sich z. B. ohne Wissen des Besitzers, der etwa ein guter Be-

[24] Pininski, Graf, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs 1888 S. 252 ff.
[25] a.a.O. S. 252 Anm. 1.
[26] a.a.O. S. 253, 254.

kannter von ihm wäre, dessen Buch nehmen, um es zu lesen und es dann nach einigen Tagen zurückgeben; oder er lasse sich die Pferde seines Bekannten, der nicht zu Hause wäre, einspannen, um eine Spazierfahrt zu machen; oder er nehme dessen Gewehr und Patronentasche und gehe damit auf Jagd; er „leihe sich" ohne Wissen des Eigentümers dessen Reisetasche aus und behalte sie während eines mehrtägigen Ausflugs.

In allen diesen Fällen, so führt Pininski aus, erlange der „Nehmer" nichts, weder Besitz noch Detention. Pininski stellt es darauf ab, daß das Haben des Nehmers hier keine wirkliche „wirtschaftliche Verbindung" sei, da jedes Interesse an einem dauerhaften Behalten der Sache fehle. Er erblickt in dem fremden Haben nur eine momentane, für das Bestehen des Besitzers unschädliche Störung der normalen wirtschaftlichen Verhältnisse[27], welche begreiflicherweise nur kurze Zeit dauern könne.

Hier zeigt es sich, daß Pininski den Begriff des Kurzbesitzes ganz anders versteht als wir heute. Er will all die Fälle obengenannter Art, die man als momentane Detention im Sinne Pininskis bezeichnen könnte, nicht mehr dem Detentionsbegriff zurechnen. Während für uns ein wesentliches Merkmal die kurze Zeitspanne der Inhabung ist, kommt es Pininski auf das Zeitmoment bei der Detention nicht entscheidend an, sagt er doch selbst am Schlusse seiner Ausführungen, daß die lange Dauer nicht wesentlich sei für den Begriff der Detention[28]. Gleichwohl kommt er zu einer Ausscheidung der von ihm unter momentaner Detention verstandenen Fälle aus dem Detentionsbegriff. Ausschlaggebend für die Abgrenzung der Detention von den rein räumlichen Verhältnissen, von bloßer „faktischer Nähe" zur Sache, scheint ihm das geringe Maß von Beständigkeitserwartung in das Behalten der Sache zu sein. Danach muß die mehr oder minder vorübergehende Interessenahme des Inhabers an der Sache so schwach sein, daß sie nur eine unschädliche Störung der normalen wirtschaftlichen Verhältnisse mit sich bringt, ohne aber die bisherige Besitzlage anzutasten. Da Pininski aber eine, wenn auch nur schwache Störungslage voraussetzt, enthält der Begriff der momentanen Detention in seinem Sinne nur einen ganz kleinen Ausschnitt des heutigen Kurzbesitzes und umfaßt andererseits Fälle, die mit dem hier zugrunde gelegten Kurzbesitzbegriff nicht das mindeste zu tun haben. Nur so erklärt es sich, daß er mit der momentanen Detention Fälle wie den Kutschwagen und das Gewehr des abwesenden Freundes in Zusammenhang bringt, deren einzige Eigenart es ist, daß es an dem Willen des bisherigen Besitzers fehlt, dem Anderen eine Detention einzuräumen, und die eben deshalb eine Störung der normalen wirtschaftlichen Verhältnisse darstellen. Es ist aber nicht gesagt, daß jede vorübergehende Interessenahme gleichzeitig

[27] a.a.O. S. 253 Anm. 1 der Vorseite.
[28] a.a.O. S. 254.

eine solche Störung im Gefolge hat, man braucht nur an die zahllosen Fälle kurzfristigen Gebrauches von Sachen zu denken, die wirtschaftlich sogar notwendig und daher von den Parteien gewollt sind. Der Begriff der momentanen Detention, wie ihn Pininski darstellt, erscheint demnach unbrauchbar für die Kennzeichnung der Kurzbesitzlage. Auch geht aus seiner Darstellung nicht klar hervor, was er sich eigentlich unter dem corpus-Begriff der Detention vorstellt, da ihm einmal ein nur ganz vorübergehendes rein „faktisches" Verhältnis zur Sache nicht ausreicht, während er andererseits sagt, auf die Dauer der Inhabung komme es nicht entscheidend an.

3. Die Stellungnahme Iherings.

Ihering widmet in seinem 1889 erschienenen Werk „Der Besitzwille" dem momentanen Detentionsverhältnis einen eigenen Abschnitt. Dieses Buch hat seine Bedeutung erlangt durch die entschiedene Bekämpfung der Besitzlehre Savignys. Ihering wendet sich dort gegen den überlieferten corpus-Begriff im Sinne eines rein äußerlichen Gewaltverhältnisses, an dessen Stelle der wirtschaftliche Verwendungszweck treten müsse, sodaß nach Verschiedenheit der Sachlage bald ein physisches Gewaltverhältnis bestehe und bald nicht[29]. Vor allem bekämpft er aber die Auffassung Savignys vom Besitzwillen. Es gebe innerhalb des juristischen Besitzes weder einen besonderen animus domini noch einen eigenen animus rem sibi habendi, sondern nur eine einheitliche Willensart, den animus possidendi. Die Unterscheidung, ob rechtlich geschützter Besitz vorliege oder bloße Detention, könne nicht nach subjektiven Gesichtspunkten getroffen werden, sondern sei Sache der positiven Rechtsordnung, die aus Gründen der Rechtspolitik dem einen den Besitzschutz entziehe und ihn dem anderen zuwende, wie dies das römische Recht gegenüber dem Mieter, Pächter, Verwahrer, Entleiher usw. für richtig erachtet habe.

In einem besonderen Kapitel widmet sich Ihering dann der Kritik des ersten Entwurfes des BGB., dessen Lebensfremdheit er an der Vernachlässigung der einzelnen Detentionsverhältnisse und darunter auch der momentanen Detention nachzuweisen versucht. Der Entwurf unterschied nur zwischen Besitz und Innehabung, kannte aber keinen mittelbaren Besitz. Als Inhaber wurde in den Motiven diejenige Person bezeichnet, welche die „tatsächliche Gewalt über die Sache" hat[30]. Diese Inhabung wird zum Besitz, wenn der Wille des Inhabers, „die Sache als die seinige zu haben", hinzukommt (§ 797 des Entwurfs). Bei der Verteilung des Besitzschutzes wurde der Inhaber vom Entwurf begünstigt. Er erhält das Recht der Besitzklage und der Selbsthilfe und zwar auch gegen den Besitzer. Der Besitzer hat dagegen nur die Besitzklagen. Begründet wird dies damit, daß es der unabhängigen Stellung, welche

[29] Ihering S. 477 ff., insb. S. 481, 487.
[30] Mot. Bd. 3 S. 82.

der Entwurf dem Inhaber zuschreibe, entspreche, daß der Wille des Inhabers ausschließlich maßgebend sein müsse für die Bestimmung des räumlichen Schicksals der Sache[31]. Gegen diese dem Inhaber eingeräumte umfassende Rechtsstellung wendet sich Ihering an jener Stelle in besonders scharfer Weise. Er wirft dem Entwurf vor, daß er durch die Abstellung des Besitzbegriffes auf den Willen des Inhabers den römischen Detentionsbegriff gänzlich über Bord geworfen habe und den Detentor dadurch praktisch zum Besitzer gemacht habe. Da damit im Ergebnis jede Sachinhabung den Besitzschutz genieße, stelle sich der Entwurf in entschiedenen Widerspruch zu den Anforderungen des täglichen Lebens. Ihering vertritt dagegen den Standpunkt, daß der Detentionsbegriff praktisch unentbehrlich sei und weist in überzeugender Form die Notwendigkeit der Beibehaltung dieser Rechtsform nach[32]. An Hand einer Anzahl von Fällen, die er dem täglichen Leben entnimmt, stellt er die Verkehrsanschauungen hierüber fest, um daraus Anhaltspunkte für die Abgrenzung von Besitz und Innehabung zu finden. Uns interessiert hier nur das, was er dabei über das momentane Detentionsverhältnis sagt.

Wenn ihn jemand, so führt er aus[33], im Theater um sein Opernglas oder in der Eisenbahn um sein Kursbuch ersucht habe, so werde niemand darüber im Zweifel sein, daß er für den Fall der Weigerung, ihm die Sache wieder zurückzugeben, zur eigenmächtigen Wegnahme berechtigt sei. Ganz dasselbe Recht müsse auch dem Wirt zustehen, wenn der Gast in einem öffentlichen Lokal eine der dort zur beliebigen Benutzung aufgestellten Sachen, z. B. einen Stuhl oder eine Zeitung an sich genommen habe, und der Inhaber des Lokals aus irgend einem Grunde, z. B. weil der Gast den Platz eines Stammgastes eingenommen habe oder weil eine neue Zeitung in den Rahmen gespannt werden solle, die Sache zurückverlange[34]. Diese Auffassung ergebe sich ohne weiteres aus dem gesunden Gefühl des Volkes. Jeder sei sich bewußt, daß er dem Geber die Sache nicht vorenthalten dürfe und daß dieser im Recht sei, wenn er sie notfalls mit Gewalt wieder an sich reiße. Der Gegensatz zwischen Besitz und Detention sei im Volksbewußtsein lebendig, zwar nicht als juristisch-technischer Begriff, wohl aber praktisch in Bezug auf seine Rechtsfolgen.

Ihering unterscheidet nun zwei Fälle kurzfristiger Innehabungen, die er verschieden beurteilt. Einmal erlangt der Benutzer die

---

31 Mot. Bd. 3 S. 110: vgl. auch die Erwägungen daselbst S. 114.

32 Ihering S. 476, 509, 510; vgl. auch Baron, Zur Lehre vom Besitzwillen in Iherings Jehrb. 29, 192 (217 ff.).

33 a.a.O. S. 507, 508, 509.

34 Die Außerachtlassung dieser Frage nach der Berechtigung des Besitzers zur eigenmächtigen Wegnahme macht Ihering a.a.O. S. 513 Anm. 1 den von Bekker gebildeten Fällen zum Vorwurf. Denn wenn jemand einen Stein nimmt, um nach den Früchten am Baum zu werfen, einen Stock oder eine Waffe, um sich zu verteidigen, oder eine Leiter, um ins Haus zu steigen, dann sei die eigenmächtige Rücknahmeberechtigung des Besitzers entweder interesselos oder selbstverständlich.

Sache auf Grund eines bloßen Gefälligkeitsaktes (officium), der mit dem Gebrauchmachen von der Sache bereits abgeschlossen ist. Dann soll momentane Detention vorliegen. Das andere Mal erhält der Benutzer die Sache zufolge eines Kontraktes (negotium), der den Besitzer der Sache an die Innehaltung der zum Zweck der Benutzung erforderlichen, wenn auch noch so kurzen Zeit bindet. In diesem Falle liege Besitz vor[35].

Im einzelnen geht Ihering bei der Untersuchung des ersten Falles in folgender Weise vor: Die Abgrenzung nach unten, zu dem rechtlich völlig bedeutungslosen Verhältnis der räumlichen Nähe einer Person zur Sache[36], zieht er mit dem Schutzinteresse des Benutzers: „Den Stuhl, den ich in dem öffentlichen Lokal eingenommen, die Zeitung, die ich lese, darf mir ein anderer Gast nicht entreißen, nur der Wirt hat als Besitzer das Recht dazu. Auch als Detentor kann ich verlangen, daß mein wenn auch noch so momentanes Besitzverhältnis von jedem Dritten respektiert wird[37], eben dadurch unterscheidet es sich vom bloßen Raumverhältnis zur Sache, an das sich juristisch keine Wirkung knüpft[38]. Die Grenze nach oben hin, zum Besitz, liegt für Ihering da, wo die Beziehungen des derzeitigen Besitzträgers und des Benutzers hinsichtlich der Sache sich zu einem Rechtsverhältnis verdichten. Als Beispiel dafür führt er das commodatum, die heutige Leihe an und fährt dann fort, man könne zwar rein logisch alle diejenigen Fälle, in denen der Gast sich in einem öffentlichen Lokal auf einen Stuhl setze oder eine Zeitung in die Hand nehme, unter einen bestimmten Rechtsbegriff bringen. Denn der Wirt habe die stillschweigende Erlaubnis zu dieser Art der Benutzung erteilt in Form einer Commodatsofferte in personam incertam. Indem der Gast davon Gebrauch mache, schließe er einen Commodatsvertrag ab. Damit würde man jedoch, so führt Ihering zutreffend aus[39], eine unzählige Masse von Commodatsfällen erhalten, selbst eine Gesellschaft in einem Privathause würde nicht ohne sie verlaufen können, jeder Gast, der sich auf einen Stuhl setze, sich der Serviette, Gabel, des Messers, Löffels oder Weinglases bediene, würde in die Lage kommen, ein Commodat abzuschließen. Mit demselben Recht würde man dann auch die Zuwendung der Speisen und Getränke beim gastlichen Mahl unter den Gesichtspunkt der Schenkung bringen können.

Nach der Ansicht Iherings halten sich jedoch die Vorgänge der hier gekennzeichneten Art völlig innerhalb der Grenzen eines juristisch bedeutungslosen Gefälligkeitsaktes des geselligen Lebens. Irgendwelche obligatorische Wirkungen seien dabei von den Parteien garnicht gewollt und das praktische Interesse fordere sie auch

---

35 vgl. a.a.O. S. 515 u. 518.
36 vgl. darüber ausführlich a.a.O. S. 21 ff., insbes. S. 24/25.
37 vgl. dazu auch S. 48 a.a.O.
38 a.a.O. S. 509.
39 a.a.O. S. 514.

garnicht oder stelle sich ihnen sogar entgegen[40]. Der Unterschied werde sofort klar, wenn man das Commodat genauer betrachte. Das praktische Interesse an der Annahme eines Commodats liege in einem Doppelten: in dem Anspruch auf Rückgabe der Sache und in der Haftungsbegründung des Entleihers. Ähnlich verhalte es sich mit der Miete, die ja auch auf sehr kurze Zeit abgeschlossen werden könne, aber im Gegensatz hierzu für die Gebrauchsüberlassung eine Gegenleistung fordere.

Für diese weitergehenden Rechtsfolgen bestehe jedoch in den oben genannten Fällen garkein Bedürfnis. Eine besondere Haftungsbegründung sei nicht erforderlich, da der „Geber" als Anwesender selber in der Lage sei, das Erforderliche zur Nachteilsverhütung zu tun, und bei Verweigerung der Rückgabe gegebenenfalls im Wege der Eigenmacht vorzugehen. Die Notwendigkeit der Annahme eines Vertragsverhältnisses entfalle damit, das zwischen den Parteien bestehende tatsächliche Verhältnis erledige sich mit dem Ende des Gebrauchmachens von selbst[41].

Ihering sieht sonach die wesentlichen Merkmale für den Begriff der momentanen Detention in einem Doppelten: Einmal ist es das Moment der Unentgeltlichkeit, wodurch es sich von dem momentanen Mietverhältnis abhebe, und dann das Moment der „sofortigen Konsumtion unter den Anwesenden", d. h. den beteiligten Parteien, dadurch unterscheide es sich von Kommodat im Rechtssinne[42].

Durch Abwandlung der bereits angewandten Beispiele kommt Ihering zu der zweiten Gruppe kurzfristiger Innehabungen, die er nicht mehr der momentanen Detention, sondern dem Besitz zurechnen will. Ersuche ich, so führt er aus[43], einen Freund, mir sein Kursbuch oder sein Opernglas mit auf die Reise zu geben, den Wirt, mir zu einer großen Gesellschaft Stühle zu leihen, oder mir zu verstatten, ein Zeitungsblatt mit nach Hause zu nehmen, so schließe ich ein Kommodat im Rechtssinn ab und ich erhalte an der Sache Besitz, d. h. die Eigenmacht des Kommodanten ist ausgeschlossen. Als entscheidendes Merkmal dieser Fälle, die zur Besitzerlangung führen, erkennt Ihering danach die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses[44] an.

Der methodische Fortschritt in der Untersuchung Iherings ist, daß er bereits das Interesse als die treibende Kraft des Besitz-

---

[40] vgl. dazu eingehend Ihering in Jher. Jahrb. 23, 155 (242), wo er ausführt, daß Besitz und Eigentum praktisch ihre Grenze am Interesse fänden. Wo das Interesse aufhöre, möge immerhin der Begriff sein Spiel weiter treiben und z. B. das Eigentum bis in den Mittelpunkt der Erde oder in ungemessene Höhen erstrecken; das Recht, welches sich durch den Gesichtspunkt des praktischen Interesses leiten lassen müsse, folge ihm dahin nicht. (Transzendentaljurisprudenz).

[41] vgl. a.a.O. S. 514, 515 und 518.

[42] Zustimmend zu Iherings Auffassung der momentanen Detention Baron, Zur Lehre vom Besitzwillen in Jher.J. S. 192 (242).

[43] a.a.O. S. 518.

[44] a.a.O. S. 518.

rechts erkannt hat, so wenn er das Besitzverhältnis als Konstatierung des Interesses der Person an der Sache erklärt, wenn er das Interesse als Beweggrund dafür herausstellt, daß der Einzelne aus dem Zustand der Indifferenz, wie er durch das bloße Verhältnis im gemeinsamen Raum besteht, heraustritt, um sich zur Sache in Beziehung zu setzen, möge diese auch noch so unbedeutender oder vorübergehender Art sein (a.a.O. S. 24/25), wenn er das Schutzinteresse des momentanen Inhabers als maßgebenden Anhaltspunkt für die Einstufung der momentanen Detention ansieht (S. 509) und wenn er schließlich die Frage von Besitz und Detention überhaupt eine Interessenfrage nennt (S. 578). Daß Ihering aber trotzdem bei der endgültigen Begriffsbestimmung der momentanen Detention an formalen Tatbestandsmerkmalen haften blieb, ist ein Beweis dafür, daß auch er sich nicht von der seine Zeit beherrschenden Methode begriffsjuristischer Fallentscheidung frei machen konnte[45]. Dennoch verdient festgehalten zu werden, daß Iherings Untersuchung einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung des Kurzbesitzbegriffs geliefert hat, da seine Abhandlung die erste eingehende Erörterung dieses Problems überhaupt darstellt.

II. Die Bestimmungsversuche nach geltendem Recht. — Die verschiedenen Möglichkeiten der Einordnung des Kurzbesitzes.

Seit Inkrafttreten des BGB. ist Manches über den Kurzbesitz als solchen geschrieben worden. Teils behandelte man ihn unter dem bereits historisch gewordenen Namen der momentanen Detention, teils wurden auch nur einzelne typische Fälle im Rahmen des neuen Besitzrechts besprochen, ohne daß dem Problem eine selbständige Bedeutung beigemessen wurde. Eine Behandlung der Frage unter der technischen Bezeichnung „Kurzbesitz" erfolgt erst seit jüngster Zeit[46].

Es wäre aber ein Irrtum zu glauben, daß mit dem BGB. nunmehr Einheitlichkeit in dieses bereits im gemeinen Recht umstrittene Gebiet gekommen wäre. Je mehr sich die Wissenschaft mit dem neuen Besitzrecht beschäftigte, desto unterschiedlicher wurden die Ansichten über Begriff und Wesen des Besitzes, die einzelnen Besitzarten und die Abgrenzung von einander. In diesen Streit der Meinungen wurde auch der Kurzbesitz hineingezogen. Da die Erscheinungsformen des Kurzbesitztatbestandes vielfach Grenzfälle des Besitzrechtes bilden, war ihre rechtliche Wertung naturgemäß weitgehend abhängig von den jeweiligen Ansichten über die betref-

[45] Über diese Doppelstellung Iherings vgl. Müller-Erzbach, Lassen sich das Recht . . . S. 139 ff.; ferner Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 94.

[46] s. Heck, Sachenrecht § 6 Nr. 5; Zieschank S. 13 ff.; Müller-Erzbach in ArchzivPr. 142/5. (17).

fenden Begriffe. Diese Ansichten waren jedoch, wohl in Auswirkung der früher herrschenden begriffsjuristischen Methode[47], nicht ausgerichtet nach der Lebenswirkung der einzelnen Besitzrechtsinstitute. Man versuchte vielmehr allgemein, ausgehend von den positiven Vorschriften der Besitzrechtsnormen und insbesondere dem Begriff der tatsächlichen Gewalt, eine formallogische Subsumtion des Kurzbesitztatbestandes unter diese Begriffe vorzunehmen. Je nach dem Wert, der den einzelnen Tatbestandsmerkmalen zugemessen wurde, fiel dann die Entscheidung anders aus.

Die Erfassung der hiernach im Schrifttum vertretenen Ansichten ist nur kasuistisch möglich, da die Frage des Kurzbesitzes bisher — wie bereits erwähnt — größtenteils nur fallweise erörtert wurde. Um nun ein umfassendes und lebensnahes Bild des Kurzbesitztatbestandes zu gewinnen und die rechtlichen Möglichkeiten am Einzelfalle aufzuzeigen, wird die Darstellung trachten, alle in der Literatur gegebenen Kurzbesitzfälle zu berücksichtigen.— Die unter der Herrschaft der oben näher bezeichneten Methode aufgestellten Ansichten lassen sich im Anschluß an die Ergebnisse der Literatur in drei große Gruppen einteilen. Dabei wird der Kurzbesitz nicht immer einheitlich einer bestimmten Gruppe untergeordnet, sondern je nach den graduellen Unterschieden der Einzelfälle teils der einen und teils der anderen Gruppe zugezählt.

1. Besitzerlangung.

Die Vertreter der ersten Gruppe[48] wie Cosack-Mitteis, Last, Rotering, Maechtig, Schirop, Zieschank, Hoeniger wollen durchweg in dem Kurzbesitz Fälle unmittelbaren Besitzes sehen, sei es nun, daß sie die Beziehungen zwischen Besitzer und kurzfristigem Inhaber als Besitzvermittlungsverhältnis betrachten oder aber beide als gleichberechtigte Besitzer auf eine Stufe stellen.

Die weitaus am meisten verbreitete Meinung nimmt jedoch grundsätzlich Besitzdienerschaft an. Hierher gehören z. B. Warneyer, Staudinger, Planck, Strohal, Hellmann, Ebbeke, Jung, Kuhlenbeck, Boley, Keith und Melle.

Von einer weiteren Reihe von Ansichten endlich wird die unmittelbare Heranziehung der Besitzbestimmungen überhaupt abgelehnt. Dadurch kommen Müller-Erzbach, Kohler, Wendt, Kudla, Aschmoneit, Schindler u. a. zu dem Ergebnis, daß überhaupt kein Anwendungsfall der Besitzregeln vorliege, während z. B. Last und Otto v. Gierke eine Lücke im geltenden Besitzrecht annehmen, die

[47] Über die „naturhistorische Methode Jherings" vgl. ausführlich Jhering in Geist des römischen Rechtes II, 2. S. 341 ff.; ferner neuerdings Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode I: Die theoretische Grundlegung, § 16, Die Begriffsjurisprudenz, S. 364 ff. s. auch die knappe aber klare Darstellung von Heck, Grundriß des Schuldrechts, Anh. § 2 S. 473 ff.

[48] Die näheren Angaben über die hier zitierten Schriftsteller folgen bei der Besprechung der einzelnen Lehrmeinungen weiter unten.

durch analoge Anwendung der entsprechenden Vorschriften ausgefüllt werden müsse.

a) Mittelbarer Besitz.

Die Subsumtion des Kurzbesitzes unter die Bestimmung des § 868 hängt ab von dem Begriff des mittelbaren Besitzes. Dieser ist stark umstritten[49]. Einig ist man sich nur darüber, daß der Besitzmittler unmittelbaren Besitz im Sinne des § 854 haben muß. Die Zweifel beginnen aber schon bei der Frage, was unter den in § 868 geforderten besitzvermittelnden Rechtsverhältnissen zu verstehen ist.

Vielfach wird der Gast in der Wirtschaft, der sich für die kurze Zeit seines Aufenthalts der Teller, Messer und Gabeln des Wirtes bedient, als Besitzmittler hinsichtlich dieser Gegenstände hingestellt. Das zugrundeliegende Rechtsverhältnis sei ein Mietvertrag[50]. Auch der Gast im Automatenrestaurant soll an dem von ihm benutzten Eßbesteck Unterbesitz erlangen, während der Unternehmer selbst den mittelbaren Besitz daran behalte. Nach Hoeniger[51] bedient sich der Gast dort selber auf Grund des stillschweigenden Vertrages, den er mit dem Wirt durch Inanspruchnahme seiner Einrichtung schließt. Inhalts dessen habe der Wirt auch hier wie gewöhnlich den Gästen die Gefäße, Teller, Gläser, Messer usw. zum Gebrauch zu überlassen, soweit sie solcher Gegenstände zum Verzehr bestellter Speisen und Getränke bedürfen. Darin soll eine typische Vermieterleistung liegen: sie sei entgeltlich, denn der Preis der Speisen sei so bemessen, daß auch eine Vergütung für die Gebrauchsüberlassung dieser Gegenstände darin enthalten sei. Damit nähert er sich Last[52], der in Fällen besonderer vertragsmäßiger Benutzungsrechte, sei es nun Miete oder Leihe, entgeltlich oder unentgeltlich, Besitzvermittlung nach § 868 annimmt. Nicht ganz so weit geht Rhode[53], der im Falle der Überlassung der tatsächlichen Gewalt auf Grund eines Vertrages nur eine hohe Vermutung dafür sprechen läßt, daß § 855 nicht anzuwenden sei. Dies sei daher keine Rechtsregel, sondern nur ein Interpretationsmoment.

b) Das Zeitproblem in § 868.

Hinsichtlich des Elementes der Dauer im § 868 gehen die Meinungen stark auseinander. Etwas unklar gehalten ist die Bemerkung Wolff's[54]: „Eine Sachherrschaft, die von vorneherein als eine flüchtige angelegt ist, ist nicht Sachherrschaft". Man könnte darin eine

[49] vgl. darüber ausführlich Lorenzen S. 12 ff.
[50] so Mächtig S. 15; vgl. auch Hoeniger, Die gemischten Verträge S. 113.
[51] Hoeniger, das. S. 131.
[52] Last, Fragen der Besitzlehre in Jher. Jahrb. Bd. 63, S. 71 ff., insb. 112. — Im übrigen s. die Darstellung der Ansicht Last's weiter unten S. 23 ff.
[53] Rhode, Studien im Besitzrecht Bd. II, Abschn. XX S. 55.
[54] Wolff, Sachenrecht § 5 III, 1.

grundsätzliche Ablehnung der Besitzfolgen für den Kurzbesitz finden, wenn man unter der Flüchtigkeit der Sachherrschaft einen Hinweis auf die Notwendigkeit eines Dauerverhältnisses versteht. Schirop[55] will das jedoch nicht gelten lassen. Er sieht in dem von Wolff aufgestellten Merkmal der Flüchtigkeit nur einen Hinweis auf die Beziehung zwischen Person und Sache, die nicht von vornherein flüchtig angelegt sein dürfe. Diesen Zusammenhang will er mit dem Wort „Festigkeitsinteresse" verdeutlichen. Hiermit will er wohl dem von Rosenberg[56] geforderten Element der Dauer entgegentreten, ohne daß er jeden Fall flüchtiger Sachberührung, wie etwa das Aufnehmen einer gefundenen Sache zum Zweck sofortiger Ablieferung an den Verlierer als Besitzergreifung bewerten will. Im einzelnen führt er dazu aus, daß es für die Frage, ob er Besitzer einer Sache werde oder nicht, keine Rolle spiele, ob er sie nur 5 Minuten oder eine Woche lang habe. Auch wenn er sich ein Buch nur für ganz kurze Zeit geliehen habe, wäre er doch Besitzer, sofern er es nur aus dem unmittelbaren Machtbereich des Verlierers entfernt habe.

Denselben Standpunkt nimmt auch Cosack ein, der seine Stellungnahme zwar nicht ganz scharf umreißt, das Problem aber angeschnitten hat[57]. Er führt aus, daß zwar der Unterbesitzer dem Oberbesitzer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt sein müsse. Es käme dabei aber nicht in Betracht, ob die Zeit kurz oder lang sei. Denn es gebe Besitzmittlungen, die nur wenige Stunden dauerten, wie z. B. die Kleiderablage im Theater. — Rotering[58] macht die Zeit von den Umständen abhängig. Es könne eine mäßige Zeitspanne genügen. Wenn er einen Ast ergreife, um sich gegen einen Überfall zu verteidigen, so mache sich derjenige, welcher ihm denselben entreiße, um ihn wehrlos zu stellen, zivilrechtlich sowie strafrechtlich verantwortlich, wenn auch die Möglichkeit einer Besitzklage mit dem schwindenden Interesse zumeist entfalle. Nach Rotering genügt jede Zeit, innerhalb welcher das Besitzobjekt den Interessen des Inhabers dient und unter Ausschließung anderer dienen soll.

b) Annahme eines „Teilmitbesitzes".

Eine im Schrifttum ziemlich alleinstehende Stellung nimmt Zieschank ein[59]. Er geht davon aus, daß der Teilbesitz des § 865 und der Mitbesitz des § 866 gleichzeitig vorliegen können. Als eine Unterart dieses Teilmitbesitzes führt er dann den sogenannten Platzbesitz an, der sich dadurch auszeichne, daß er nur auf kurze Zeit begründet werde. Dieser Fall des Teilmitbesitzes könne daher als Zeit- oder Kurzbesitz bezeichnet werden. Die Anerkennung einer von Anfang an zeitlich beschränkten Sachherrschaft stehe mit der

[55] Schirop S. 9.
[56] Rosenberg, Sachenrecht, Anm. I 1a zu § 854 S. 20.
[57] Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II. Bd. § 9 II, 2.
[58] Rotering: Aus der Lehre vom Besitz im ArchbürgR. 27/55 (74).
[59] Zieschank, Zum Begriff d. verb. Eigenmacht S. 13 ff.

Verkehrsanschauung nicht in Widerspruch. Es sei unrichtig, wenn für den Sachherrschaftsbegriff eine gewisse Festigkeit verlangt werde, zutreffend daran sei nur, daß eine von vornherein nur ganz flüchtig angelegte Sachberührung kein Besitz sei. Die Gegenmeinung scheitere schon daran, daß es an jeder Zeitbestimmung fehle. Es gehe daher zu weit, den Besitz als Dauerzustand aufzufassen. Daher sei auch der Platzbesitz ein Besitzfall. Die Sachherrschaft des Gastes sei von Anfang an nur auf kurze Zeit beschränkt. Der Gast sowohl wie der Wirt hätten beide Sachherrschaft an dem Platz, den der Gast mit Zustimmung des Berechtigten eingenommen habe. Nicht nur jeder Dritte, sondern sogar der Wirt begehe verbotene Eigenmacht, wenn er den Platzbesitz des Gastes beeinträchtige, denn damit handele er über die Grenzen des ihm zustehenden Gebrauchs hinaus und könne sich nach § 866 nicht auf den Besitzschutz berufen. Erst mit dem Ende der Aufenthaltsberechtigung, die ja von Anfang an begrenzt gewesen sei, laufe auch die Besitzzeit ab. Die Sachherrschaft erlösche in diesem Zeitpunkt von selbst, der Teilmitbesitz des Gastes verwandele sich wieder in Alleinvollbesitz des Wirtes, dem der Gast nunmehr weichen müsse. Als Unterfall des Teilmitbesitzes sei weiterhin der sogen. Gefälligkeitsbesitz (Bittleihe oder Gebrauchsleihe) zu nennen. Auch der Reisende, der sich für wenige Minuten von seinem Nachbarn ein Kursbuch ausleihe, sei für die Dauer der ihm gestatteten Gebrauchsüberlassung Besitzer. Ihm gegenüber könne daher auch verbotene Eigenmacht verübt werden.

2) Besitzdienerschaft.

Die weitaus stärkste Gruppe der Meinungen will den Kurzbesitz, oder wie er hier häufig genannt wird, die momentane Detention, unter die Vorschrift des § 855 stellen. Schwierigkeiten bereitet hierbei die Struktur des Abhängigkeitsverhältnisses und dabei insbesondere die Frage, welche Bedeutung der Wendung: Ausübung der tatsächlichen Gewalt „für einen anderen" zukomme, sowie die Auslegung des „ähnlichen Verhältnisses", vermöge dessen der Besitzdiener dem Herrn gegenüber folgepflichtig ist.

a) Die Dauer.

Hinsichtlich der Zeitdauer des Abhängigkeitsverhältnisses bestehen im allgemeinen keine Zweifel. Hervorgehoben wird dieser Umstand von Melle[60]: „Daß irgendwelche zeitliche Schranken das Besitzdienerverhältnis nicht bedingen, ist heute fast selbstverständlich. Das Reichsgericht stellt dies ausdrücklich in der Entscheidung vom 16. 6. 08 (JW. 08/527, Nr. 12) fest, indem es ausführt, Besitzdiener im Sinne des § 855 könne auch derjenige sein, der vereinbartermaßen nur auf kurze oder unbestimmte Zeit eine Sache in seine tatsächliche Gewalt für einen anderen derart bringt, daß

[60] Melle, Die Besitztatbestände in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Jena 1934 S. 32.

er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat". Auch Staudinger[61] und Wolff[62] betonen die Gleichgültigkeit des Zeitmoments für die Besitzdienerschaft. — Cosack äußert sich in dieser Hinsicht dahin[63], daß kein Grund vorliege, den Begriff der Innehabung nicht auch auf solche Verhältnisse auszudehnen, wo die Berührung mit der Sache eine so vorübergehende sei, daß der Verkehr keine Sachherrschaft annehme. Als die bekanntesten Beispiele zieht er den Gast im Wirtshaus, den Familienbesuch bezüglich der Zimmereinrichtung, des Eßbestecks, der Zeitung usw. heran. Jegliche Besitzbeziehung in diesen Fällen zu leugnen — so führt Cosack aus — gehe zu weit, warum solle er nicht befugt sein, einen anderen Gast, der dauernd Zeitungen aus dem Lesezimmer seines Gasthofes wegschleppe, daran zu hindern? Mit dieser Fragestellung zielt Cosack in der rechtlichen Beurteilung dieser Fälle auf die Besitzdienerschaft ab, zumal er im Text den § 860 in Klammern hinzufügt, der von den Abwehrrechten des Besitzdieners handelt[64].

b) Die Art des Abhängigkeitsverhältnisses.

Die Schwierigkeiten beginnen erst dort, wo es sich um die Gestalt des Abhängigkeitsverhältnisses im § 855 handelt. Strohal[65] führt dazu aus, daß die Abhängigkeit des unselbständigen Inhabers (so nennt er den Besitzdiener) zumeist darauf beruhe, daß dieser im Dienst des Besitzherrn stehe, er übe also die tatsächliche Gewalt für einen *andern* aus. Allein damit sei das Wesen der unselbständigen Innehabung noch nicht hinreichend gekennzeichnet. Denn es gebe Fälle, wo jemand die tatsächliche Gewalt zweifellos *für sich* und nicht für den andern ausübe und man ihn doch nicht als selbständigen Inhaber bezeichnen könne. Vom Standpunkt sachlicher Beurteilung offenbar auch unselbständig[66]) sei die Innehabung des in fremdem

---

[61] Staudinger Sachenrecht Anm. II 3a Abs. 3 zu § 855.

[62] Wolff, Sachenrecht, § 6 III, 5; ebenso Rosenberg; Sachenrecht, S. 44. u. a.

[63] Cosack-Mitteis, Lehrbuch II. Bd. S. 37.

[64] vgl. dazu auch OLG. Dresden in Seuff. Arch. 77 Nr. 138, das dort zu dem Ergebnis kommt, daß ein Besitzdienerschaftsverhältnis vorliege, wenn ein Gegenstand nur zur Besichtigung vorübergehend in die Hand genommen werde; ferner OLG. Posen in Seuff. Arch. 57/35.

[65] Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB. in JherJ. 38 (1898) S. 7 und 9.

[66] Vgl. zum Folgenden Strohal a.a.O. S. 11 ff. — In seiner Besprechung des Entwurfs des BGB. in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 336 ff. zweifelt er noch (S. 358 Anm. 18), ob in diesen Fällen selbständige Inhabung oder unselbständige Inhabung mit vorübergehender Gebrauchsbefugnis vorliegt. Dort führt er als weitere Beispiele, bei denen man Bedenken haben könnte, an Kaffeehausgäste, die mit den auf den dazu bestimmten Tischen liegenden Karten spielen, für deren Benutzung sie ein Kartengeld entrichten. Richtiger Ansicht nach sei hier aber selbständige Inhabung nicht anzunehmen. Würden daher die Gäste die Karten mitnehmen, so läge nicht Unterschlagung, sondern Diebstahl vor und wollten die Gäste die Kegelbahn nach Ablauf der Zeit nicht räumen, so wäre Eigenmacht zulässig. Soviel stehe freilich fest, daß sich die Gäste die Karten usw. vor Ablauf der bestimmten Benutzungszeit nicht entreißen zu lassen brauchten.

Hause (Privat- oder Gasthaus) weilenden Gastes an Messern und Gabeln, des Besuchers eines Kaffeehauses an den aufliegenden und von ihm zur Hand genommenen Zeitungen, der Teilnehmer an einer in irgendeiner Gastwirtschaft zusammentreffenden Kegelgesellschaft an Kegeln und Kugeln, des Mieters eines zur Benutzung während eines Gartenkonzerts bereitstehenden Sessels, des Reisenden, welchem er während der Eisenbahnfahrt auf seine Bitte sein Kursbuch für einige Zeit geliehen habe. Diese Fälle legten deshalb die Annahme nahe, daß es für die Frage der unselbständigen Inhabung nicht wesentlich sei, daß die tatsächliche Gewalt „für einen anderen" ausgeübt werde. Im Folgenden kommt er zur Bejahung dieser Annahme: der § 855 besage nur, daß in den durch ihn getroffenen Fällen nicht derjenige Besitzer ist, in dessen Händen die tatsächliche Gewalt liegt, sondern der andere, dessen Weisungen zu folgen dieser verpflichtet ist und der gerade deshalb zum unselbständigen Inhaber gestempelt wird. Die Frage, ob es daneben nicht noch andere Fälle unselbständiger Inhabung gibt, werde durch § 855 nicht verneint, sondern offen gelassen[67]. Strohal geht sogar noch weiter: Wenn man auf den letzten Grund der in § 855 getroffenen Entscheidung zurückgehe, so könne man denselben nur in der tatsächlichen Abhängigkeit des Inhabers von einem Besitzherrn erblicken. Solche Abhängigkeit könne aber nicht nur in der von § 855 bezeichneten Weise, sondern auch dadurch herbeigeführt werden, daß jemand die Ausübung der tatsächlichen Gewalt zwar für sich, aber nur ganz vorübergehend, nur innerhalb bestimmter Schranken und nur unter den Augen der Aufsicht eines zur Wahrung der von ihm gezogenen Schranken jederzeit befugten Besitzherrn gestattet sei. Damit kommt Strohal zur Unterordnung nahezu aller Fälle des Kurzbesitzes unter den § 855 und ist damit ein Vertreter der weitestgehenden Anwendung dieser Gesetzesbestimmung[68].

Im Ergebnis wohl gleichlautend, jedoch ohne nähere Begründung äußert sich Ebbeke[69] über einzelne Fälle momentaner Innehabung. Er will die Vorschrift des § 855 „über den Wortlaut desselben hinaus" auch auf solche Fälle anwenden, wo die Sache einem anderen nur zum „augenblicklichen Besitz" überlassen wird. Als Beispiele solchen Augenblicksbesitzes bringt er den Gast, der bei seinem Gastgeber die zur Bewirtung oder zur Beherbergung dienenden Sachen benutzt, den Theaterbesucher, der sich das Opernglas seines Nachbarn für kurze Zeit zum Durchsehen ausbittet, den Mann, der das Pferd des abgestiegenen, in der Nähe befindlichen

---

67 Daher scheint Strohal von Sokolowski (S. 431, Anm. 450) mißverstanden zu sein, wenn dieser dort ausführt, Strohal messe gerade dem Handeln für einen anderen besondere Bedeutung zu.

68 Dann ist es nur ganz folgerichtig, wenn er a.a.O. S. 13 den Ausdruck Besitzdiener als nicht ganz zutreffend bezeichnet, weil es unselbständige Inhaber geben könne, die die tatsächliche Gewalt nicht für einen anderen, sondern für sich ausübten.

69 Ebbeke, Besitzstand, in Recht 1913 Sp. 261 ff. (267).

Reiters hält. Es handele sich hier überall, so fährt Ebbeke fort, um Gefälligkeiten, die so wenig dem rechtlichen Gebiete angehörten, daß durch die Innehabung ein Besitz nicht entstehen könne. Gleichwohl trägt er keine Bedenken, auch die Gefälligkeitsverhältnisse den im § 855 geforderten ähnlichen Verhältnissen gleichzustellen[70].

Diese Ansicht findet im Schrifttum noch weitere Vertreter[71]. Nach Wolff[72] ist es gleichgültig, ob die Unterordnung des Besitzdieners unter den Besitzer auf Gefälligkeit oder auf Recht beruht. Denn Anschauungsform für das Über- und Unterordnungsverhältnis seien nicht „Anspruch und Schuld", sondern Befehl und Gehorsam. Ebenso Planck[73], der noch hinzufügt, daß man dabei nicht ausschließlich an vertragsmäßige oder soziale Unterordnung denken dürfe. Was Wolff von den Gefälligkeitsverhältnissen als Unterordnungsverhältnissen sagt, bestätigen auch Staudinger und Jung. Ersterer sagt[74], wenn auch ohne nähere Begründung, daß Vorgänge gesellschaftlichen Verkehrs Besitzdienerschaft begründen können. Die hier gemeinten Vorgänge sind aber unstreitig stets auf Gefälligkeit begründet. Jung[75] verlangt, daß der Besitzdiener die unmittelbare Gewalt über eine Sache habe und in Bezug auf diese dem Willen eines andern, des Besitzherrn, unterstehe vermöge eines zwischen ihnen bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses und kommt zu dem Schluß, daß auch der Privatgast hinsichtlich der Sachen seines Gastgebers Besitzdiener sei[76]. — Damit nähert er sich der von Hellmann[77] vertretenen Auffassung. Hellmann stellt die Frage nach dem Abhängigkeitsverhältnis allein auf das Willensmoment des Besitzdieners ab und wendet sich damit gegen Bruns, der ihm zuviel Gewicht auf das soziale Unterordnungsverhältnis legt und daher zur Ausschließung des momentanen Detentors aus dem Kreis der von § 855 getroffenen Personen kommt. Seiner Ansicht nach ist vielmehr entscheidend, ob eine Person zu einer anderen in ein Verhältnis treten *will*, demzufolge sie den willkürlichen Eingriff der letzteren in die tatsächliche Gewalt dulden soll. Als solches Verhältnis betrachtet Hellmann auch das des geladenen Gastes zum Gastgeber.

---

[70] Auch Boley S. 27 rechnet die Fälle der momentanen Detention — er nennt sie auch „beaufsichtigte Innehabung" wie z. B. die Benutzung von Eßbesteck im Gasthaus — jedenfalls nicht zum Besitz. Offenbar hält er sie für Besitzdienerschaft, ohne seinen Standpunkt genau festzulegen.

[71] Für die Unterordnung der vielfach auch als „Bittleihe" bezeichneten Gefälligkeitsverhältnisse unter den § 855 tritt ferner ein: Kuhlenbeck in JW. 1904/229.

[72] Wolff, Sachenrecht § 6 III, 2.

[73] Planck BGB. III S. 49 oben. Für die Annahme eines „ähnlichen" Verhältnisses ferner Warneyer BGB. II S. 7 oben.

[74] Staudinger, Sachenrecht, Anm. II, 3 b Abs. 2 zu § 855.

[75] Jung, Bürgerliches Recht I. Bd. § 215 S. 927.

[76] Nach Keith S. 48 kann der einzelne Besitzdiener sein auf Grund von natürlichen Beziehungen oder auf Grund von geschäftlichen Abmachungen. Grundsätzlich rechnet er auch die momentane Detention hierher (vgl. S. 48 Anm. 9).

[77] Hellmann bei der Besprechung von Bruns, Besitzerwerb durch Stellvertreter in der KrVJSchr. Bd. 50 S. 114.

3) Analoge Anwendung der Besitzregeln.

Gelegentlich wird der Standpunkt vertreten, daß der Tatbestand des Kurzbesitzes zur unmittelbaren Unterordnung unter den § 855 nicht ausreiche. Man stößt sich daran, daß der Kurzbesitzer die Herrschaft über die Sache nicht für einen anderen — wie es § 855 fordert — sondern für sich ausübe. Da jedoch im übrigen sich die Sachlage des Kurzbesitzes mit dem Besitzdienerverhältnis decke, wird einer analogen Anwendung des § 855 das Wort geredet.

Zu den Vertretern dieser Ansicht gehört vor allem Last[78]. Er hat in seiner Abhandlung „Fragen der Besitzlehre" u. a. eine klare und übersichtliche Darstellung zahlreicher Kurzbesitzfälle gegeben. In dem Abschnitt, den er der momentanen Detention gewidmet hat, bewertet er die Besitzlage verschieden, je nachdem der momentane Detentor die tatsächliche Gewalt innerhalb der Detentionssphäre des Besitzers ausübt oder außerhalb derselben. Darin äußert sich die Tendenz des Verfassers, die die gesamte Abhandlung durchzieht, die heutige Besitzlehre wieder an das römische Recht anzuknüpfen[79]. Er geht davon aus, daß der Besitzdiener ein direkter Abkömmling des römischen Prokurators sei (S. 103). Dieser, zumeist ein Freigelassener seines Herrn, habe schon deswegen und jedenfalls kraft seiner Bestellung zum Prokurator in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Herrn gestanden. Auf Grund dieses Verhältnisses habe er den Besitz seines Herrn ausüben und auch als dessen Stellvertreter Besitz erwerben können. Insofern gehöre er zum „Haushalt oder Erwerbsgeschäft" seines Herrn. Gerade unter römischen Lebensverhältnissen sei aber die Detentionssphäre des Hausherrn räumlich klar abgegrenzt gewesen[80]. Innerhalb dieses Raumbezirks habe der Wille des Herrn allein gegolten, die Beziehungen des Prokurators zu den Sachen des Herrn seien daher keine Ausübung tatsächlicher Gewalt gewesen, diese habe vielmehr ausschließlich dem Herrn zugestanden. In diesen Grenzen sei daher der Prokurator bloßer „Detentionsgehilfe" gewesen[81]. Außerhalb der Detentionssphäre des Herrn jedoch, also vorwiegend bei Besitzerwerb als Stellvertreter sei der Prokurator richtiger Detentor gewesen. — Aus den angeführten Gründen legt Last daher bei der Auslegung des § 855 entscheidenden Wert darauf, daß die Ausübung der tatsächlichen Gewalt gerade im Haushalt oder Erwerbsgeschäft des Besitzherrn geschehe. Darunter versteht der Verfasser, daß der Ausübende sich im Rahmen seiner Stellung im Haushalt oder Erwerbsgeschäft betätigen müsse. Der Besitzdiener müsse demnach einer dieser beiden Detentionssphären angehören und

---

[78] Last, Fragen der Besitzlehre in JherJ. Bd. 27 1913, S. 71 ff. (insbes. S. 112 ff.).

[79] vgl. auch Planck, Sachenrecht S. 48 oben.

[80] s. darüber eingehend auch Ihering, Besitzwille, S. 104.

[81] vgl. aber Planck a.a.O. S. 48, der diesen von Last gebildeten Begriff als wohl nicht mehr dem römischen Recht zugehörig betrachtet.

nach Maßgabe seiner Stellung beim Erwerb und der Ausübung des Besitzes tätig werden (S. 107). Dies sei der unmittelbare Anwendungsfall des § 855. — Anders liege der Sachverhalt jedoch, wenn der Besitzdiener eine Sache des Herrn außerhalb der Detentionssphäre desselben inne habe. Dann habe der Besitzdiener zwar die tatsächliche Gewalt über die Sache, aber keinen Besitz und der Herr bleibe Besitzer, obwohl er die tatsächliche Gewalt nicht habe. Denn für den Herrn liege nur „eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt" vor und in diesem Falle verliere er nach § 856 II den Besitz nicht, den er zuvor durch Ausübung der tatsächlichen Gewalt gemäß § 854 I gehalten habe. Nach dem oben Gesagten könne dieses daher kein Anwendungsfall des § 855 sein, denn der Besitzdiener befinde sich mit der Sache außerhalb der Detentionssphäre des Herrn. Wenn man aber schon den § 855 heranziehen wolle, dann regele dieser das Besitzverhältnis nicht allein, sondern nur in Verbindung mit § 854 I und § 856 II (S. 111).

Nach einer Übersicht über die verschiedenen Ansichten betreffend die Rechtsstellung des momentanen Detentors stellt Last sodann fest, daß so viel sicher sei, daß der dem momentanen Detentionsverhältnis zugrunde liegende Tatbestand mit dem des § 855 insofern nicht übereinstimme, als der momentane Detentor jedenfalls nicht in einem Verhältnis sozialer Unterordnung zum Besitzer stehe. Eine unmittelbare Anwendbarkeit des § 855 scheide daher aus. Ebenso sicher sei aber auch, daß der momentane Detentor nicht Besitzer sei. Er gleiche vielmehr dem Dienstboten oder Handlungsgehilfen und sei wie diese entweder Detentor oder Detentionsgehilfe. Das hänge ganz davon ab, ob er bei der Ausübung des Besitzes innerhalb oder außerhalb der Detentionssphäre mitwirke. So übe der Tischgast die Gewalt des Hausherrn an Tellern, Gabeln, Sessel usw. aus. Letzterer bleibe Besitzer nach § 854 Abs. I und der Gast werde es nicht, obwohl § 855 nicht anwendbar erscheine. Dagegen gebrauchten der vielerwähnte Logennachbar und der Reisegenosse das Opernglas und das Kursbuch außerhalb der Detentionssphäre des Besitzers. Damit werde diesen die tatsächliche Gewalt entzogen, allein der Natur der Sache nach nur in vorübergehender Weise. Deshalb verliere der Besitzer nach § 856 II den Besitz nicht und der andere übe nur die tatsächliche Gewalt aus. Dabei mache es keinen Unterschied, ob die Ausübung der tatsächlichen Gewalt „unter den Augen, unter der Aufsicht" des Besitzherrn geschehe oder nicht[82]. Die Entscheidung, ob nur fremde Gewalt in fremder Detentionssphäre ausgeübt werde oder ob eine „ihrer Natur nach nur vorübergehende Verhinderung des Besitzers in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt" vorliege, könne im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten wie in den bekannten Streitfragen des Restaurantgastes, des Kaffee-

[82] A. A. Rhode, Studien im Besitzrecht S. 44, der einen Unterschied darin macht, ob der Reiter seine Kleider in der Nähe des Pferdehalters säubert oder sich weiter davon entfernt.

hausbesuchers oder des Besuchers eines öffentlichen Gartens, der sich auf eine Bank setze oder gegen Entgelt beim Kurkonzert einen Sessel benutze. Den Ausschlag gebe hier immer die Natur der Sache, die Verkehrsauffassung und insbesondere bei der Frage, ob die Gewalt nur vorübergehend entzogen werde, der Wille des Entziehenden. — Somit kommt Last zu dem Ergebnis, daß der momentane Detentor grundsätzlich nicht Besitzer ist, sondern nur Detentionsgehilfe oder Detentor: „Wenn er auch nicht unter den § 855 fällt, so finden auf ihn doch die Bestimmungen analoge Anwendung, welche die besitzrechtliche Stellung des Besitzdieners gestalten. Er hat gleich diesen die Befugnisse nach § 860, der Besitzer hat gegen ihn das Recht der Selbsthilfe und die gewöhnlichen Besitzschutzmittel und ihm selbst steht gegen den Besitzer kein Zurückbehaltungsrecht zu". (S. 116). — Nur in den Fällen, wo die Entziehung des Besitzes auf Vertrag beruht, einerlei ob entgeltlich oder unentgeltlich, will Last weder eine Ausübung fremder Gewalt in fremder Detentionssphäre noch eine vorübergehende Behinderung des Besitzers in der Gewaltausübung gelten lassen. Hier liege vielmehr ein gewöhnliches Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 vor, sodaß derjenige, der sich das Opernglas seines Freundes für eine Vorstellung, das Gewehr für eine Jagd oder das Kursbuch für eine Reise leihe, Besitzer der Sache werde und nicht Besitzdiener.

Zu den Vertretern der Meinung, die eine analoge Heranziehung des § 855 befürwortet, gehört ferner O. v. Gierke[83]. Er führt aus, daß die Grenze zum Besitz durch § 855 gezogen werde, wonach alle Fälle unselbständiger Innehabung von Sachen aus dem Besitzbegriff des § 854 herausgenommen würden. Er sagt dann weiter, daß auch die Innehabung des Gastes am Stuhl, auf dem er sitze, des Besuchers einer Lesehalle an der benutzten Zeitung, des Kunden an der Ware, die er zum Ansehen in die Hand genommen habe, des Billardspielers am Queue, des Reisegefährten am Opernglas nicht als Besitz anzusehen wäre. Den Grund hierfür entnimmt Gierke dem § 855, der, obschon sein Wortlaut auf solche Fälle nicht genau passe, doch in seinem Grundgedanken auf obige Fälle zutreffe. M. a. W. unterstellt Gierke jene typischen Kurzbesitzfälle zwar nicht unmittelbar dem § 855, läßt aber erkennen, daß er einer analogen Anwendung nichts entgegenzusetzen hat.

4. Ablehnung der Besitzrechtsfolgen für den Kurzbesitz.

Die vierte und letzte Gruppe derjenigen, die sich mit dem Kurzbesitz beschäftigt haben, will diesen überhaupt nicht den im BGB. geregelten Besitzverhältnissen zurechnen und verneint auch die Analogie zum Besitzrecht.

Einen völlig ablehnenden Standpunkt vertritt mit ausführlicher Begründung Kudla[84]. Er verlangt für die Besitzdienerschaft ebenso

[83] O. v. Gierke, Gutachten . . . S. 29 ff. (30); weitere Literaturangaben bei Rosenberg, Sachenrecht, Anm. IV, 1 zu § 855 S. 46.

[84] Kudla, S. 36 ff.

wie für den Besitz selbst Beziehungen von einer gewissen Dauer[85]. Er begründet dies mit der Verkehrsanschauung, die immer eine gewisse Festigkeit der Beziehungen zwischen Person und Sache erfordere. Die Richtigkeit dieser Ansicht, so führt er aus, gehe weiter aus § 856 II hervor. Danach wird der Besitz nicht beendigt durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt. Auch das Reichsgericht habe in der bereits mitgeteilten[86] Entscheidung in Bd. 75 S. 223 ff. den Satz ausgesprochen, daß eine nur flüchtige Sachberührung für die Besitzerlangung nicht ausreiche. So werde er nicht Besitzer, wenn er sich im Theater von einem Mitbesucher für einen Augenblick dessen Opernglas leihe. Was hier vom Besitz gesagt sei, treffe auch für die Besitzdienerschaft zu. Es sei zwar richtig, daß der momentane Abnehmer wie ein Besitzdiener jederzeit einen Eingriff des „Verleihers" dulden müsse, soweit damit die Rückgabe der Sache begehrt werde. Darin gleiche er dem Besitzdiener, da auch dieser dem Besitzherrn gegenüber bezüglich der Sache keinerlei eigene Rechte habe. Aber andererseits sei er nicht wie der Besitzdiener verpflichtet, jeglichen Weisungen des Besitzherrn inbezug auf die Sache Folge zu leisten[87], wozu dieser auf Grund des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses verpflichtet sei. Die momentane Innehabung sei dagegen lediglich ein reines Raumverhältnis. Ferner bestehe ein erheblicher Unterschied zwischen beiden hinsichtlich der Zeitdauer. Aus allen diesen Gründen müsse man dazu kommen, die Fälle der momentanen Detention auch von der Besitzdienerschaft streng zu scheiden[88]. Zwischen beiden Begriffen eine Einigung herbeiführen zu wollen, gebe eine heillose Verwirrung. Den Besitzdienerbegriff nach irgendeiner Richtung hin zu begrenzen, wäre dann nicht mehr möglich. Kudla kommt daher zu dem Schluß, daß der momentane Inhaber weder Besitzer sei, da seine Beziehungen zur Sache nur flüchtig angelegt seien, noch auch Besitzdiener, da ihm das für diesen charakteristische Abhängigkeitsverhältnis fehle. Somit verneint er auch eine analoge Anwendung der Besitzbestimmungen.

Aus den gleichen Erwägungen heraus kommt Rosenberg[89] zu einer Ablehnung sämtlicher Besitzrechtsfolgen. Er hält die tatsächliche Gewalt des § 854 für einen Zustand, der seiner Natur nach auf Dauer angelegt ist. Dabei komme es nicht darauf an, so führt er aus, daß man die Sachen längere Zeit in seiner Gewalt habe, sondern darauf, daß die Art und der Grund der Gewalterlangung ihrer typischen Erscheinung nach eine längere Dauer des Habens erwarten ließen. Man könne Besitzer einer angeeigneten Sache geworden sein, auch wenn sie einem sofort wieder entwunden werde. Aber man sei nicht Besitzer einer Sache, die man nur zu vorübergehenden

---

[85] Ebenso Warneyer BGB. II. S. 4.
[86] vgl. oben S. 4 Anm. 12.
[87] s. a. Aschmoneit, S. 44 und die das. Anm. 86 Zitierten.
[88] vgl. Schindler S. 31.
[89] Rosenberg, Sachenrecht, Anm. I, 1 a zu § 854 S. 20.

Zwecken innehabe[90]. So sei nicht Besitzer der Besucher oder der Gast im Wirtshaus, der auf dem Stuhl des Wirtes sitze und dessen Teller, Messer und Gabeln benutze; auch nicht, wer im Kaffee die ausgelegten Zeitungen und in einer öffentlichen Bibliothek die fremden Bücher lese; nicht, wer eine (verlorene) Sache aufnehme, nur um sie zu betrachten; nicht, wer sich von seinem Reisegenossen das Fahrplanbuch, von seinem Theaternachbar das Opernglas zur augenblicklichen Benutzung leihe usw. Daher sei auch ferner nicht Besitzer der Besteller eines Anzugs, der ihn bei dem Schneider erst anprobiere, sodaß der Kunde, der sich mit dem Anzug unerlaubt entfernen wolle, verbotene Eigenmacht begehe und mit Gewalt daran gehindert werden könne[91]. Aus dem gleichen Grunde werde nicht Besitzer der Handwerker, dem man die Schlüssel zu einem Hause ausgehändigt habe, damit er darin Ausbesserungen vornehme[92]. — Aber auch eine Unterordnung der momentanen Detention unter den § 855 oder eine analoge Heranziehung dieser Bestimmung lehnt Rosenberg ab[93]. Es fehle in diesen Fällen an dem Moment der sozialen Abhängigkeit und die Analogie zu § 855 würde auch in diesen Fällen zur Erstreckung der Selbsthilfevollmacht des § 860 auf die momentanen Detentoren führen. Dann käme man zu dem unmöglichen Satze, daß jeder Nichtbesitzer, der in körperlichen Beziehungen zu fremden Sachen stehe, Besitzdiener sei. Der Begriff des Besitzdieners wäre damit praktisch nahezu wertlos.

In einer Linie mit dem Vorgenannten steht Aschmoneit[94]. Als Besitz könne das Verhältnis des momentanen Detentors zur Sache ebensowenig aufgefaßt werden, wie das des Besitzdieners zur Sache des Herrn. Denn bei keinem von beiden könne man wegen der Unselbständigkeit gegenüber dem Besitzer von der Ausübung tatsächlicher Gewalt sprechen. Andererseits liege aber auch keine Besitzdienerschaft vor, denn die Unselbständigkeit des momentanen Detentors in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt sei nicht durch eine Folgepflicht desselben bedingt. Diese sei aber das entscheidende Merkmal der Besitzdienerschaft. Wenn man diesem Erfordernis unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung nachgehe, lösten sich die so oft aufgeworfenen Fragen, ob der Gast in Ansehung der ihm übergebenen Sache Besitzdiener des Gastwirts oder des Gastgebers sei, ohne Schwierigkeiten im verneinenden Sinne auf. Denn daß der Gastwirt oder der Hausherr seinem Gaste Anweisungen geben

---

90 Dabei verweist er auf die bekannte Entscheidung des RG. Bd. 75 S. 223. — vgl. ferner Wolff, Sachenrecht § 5 Ziff. 6, § 12 Ziff. 2 und Jul. v. Gierke, Sachenrecht § 2 IV, 2.

91 Zur Stützung seiner Ansicht zieht Rosenberg die Entsch. des RGSt. in JW. 1895 S. 586 Nr. 19 (ALR.) heran, wo das RG. die Besitzerlangung für den Fall eines zur Probe eingesetzten Gebisses verneint hat; ferner RGZ. 67/387 bei einem zu einer Probefahrt überlassenen Automobil und KG. v. 4. 11. 02 OLG. Bd. 6 256 für ein zur Ausprobierung in nächster Nähe übergebenes Pferd.

92 vgl. RG. in Seuff. Arch. Bd. 46 S. 169.

93 a.a.O. S. 46.

94 S. 43 ff.

könnte, wie er mit den Tellern, Messern, Gabeln, usw. zu verfahren habe, entspreche zweifellos nicht im entferntesten der Auffassung des Verkehrs und den gesellschaftlichen Gepflogenheiten[95]. Ebenso seien auch die zahlreichen anderen Fälle zu beurteilen wie Opernglas, Kursbuch, der Mantel der Dame, den ihr Begleiter trägt. Aus demselben Grunde lehnt Aschmoneit auch eine analoge Heranziehung des § 855 ab. Das gemeinsame Merkmal der momentanen Detention und der Besitzdienerschaft sei die Unselbständigkeit, sie sei aber nicht gleichzeitig das einzige Merkmal des § 855. Zum Wesen der Besitzdienerschaft gehöre vielmehr das Vorhandensein eines Abhängigkeitsverhältnisses, von dem die Unselbständigkeit nur eine Folge sei. Da hier schon die Voraussetzung fehle, finde die Ansicht, daß alle Fälle unselbständiger Innehabung durch den § 855 erfaßt seien, keine Stütze[96]. Die Frage, ob es neben der Besitzdienerschaft nicht noch andere Fälle unselbständiger Inhabung gebe, werde durch § 855 nicht verneint, sondern offengelassen[97]. — Denselben Standpunkt hat hinsichtlich des Ergebnisses Kohler[98] bereits zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. geäußert: Der Gast, so führt er aus, sei weder Besitzer noch Besitzdiener hinsichtlich der ihm vorgelegten Löffel und Gabeln. Der Stadtkoch, der im Privathaushalt die mitgebrachten Speisen zurichte, sei weder Besitzer noch Besitzdiener inbezug auf die hierbei von ihm benutzten Küchengeräte. Der Kaffeehausgast habe an der Zeitung, die er in Händen halte, weder Besitz, noch übe er die tatsächliche Gewalt für einen anderen aus. In all diesen Fällen, so fährt er fort, habe der bisherige Besitzer seinen unmittelbaren Besitz behalten. „Das Besitzesinstitut wäre sehr gebrechlich, wenn es diesen Umständen zum Opfer fiele und nur durch die unnatürliche Annahme aufrechterhalten werden könnte, daß eine solche garnicht im Dienste stehende Persönlichkeit, die nur momentan zur Sache hinzutritt, Besitzgehilfe wäre. Schließlich wäre selbst der Käufer, dem die Sache im Laden zur Ansicht übergeben wird, oder der Diener, der mir im fremden Hausflur Hut und Überzieher aufhängt, Besitzgehilfe".

Ebenso wie Kudla, Rosenberg und Aschmoneit, legt auch Wendt[99] einen strengen Maßstab an die Auslegung des „ähnlichen Verhältnisses" im § 855 und kommt somit gleichfalls zur Ablehnung der Besitzdienerschaft beim Kurzbesitz. Er wendet sich daselbst gegen Bekker, der die Gepäckträger und Dienstmänner auf den Bahnhöfen als Besitzdiener der Reisenden ansieht und führt dagegen an, daß

---

[95] vgl. dazu die von Aschmoneit a.a.O. S. 44 Anm. 86 zahlreich Zitierten.
[96] ebenso O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht § 114 Anm. 29.
[97] so auch Strohal S. 12.
[98] Kohler, Vertrag und Übergabe in ArchbürgR. 18 (1900) S. 1 ff. (82). Kohler prüft dort im Rahmen einer Untersuchung über den Eigentumserwerb kurzer Hand und kraft Besitzkonstituts die Frage, ob dazu auch die vorübergehende Inhabung ausreichend sei. Trotz seiner oben dargelegten Ablehnung der Besitzlage kommt er für den Eigentumserwerb zu einem bejahenden Ergebnis.
[99] Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB. im ArchzivPr. Bd. 87 (1897) S. 40 (S. 67).

es ihnen doch an jenem dem Haushalt oder Erwerbsgeschäft analogen Verhältnis fehle; zwischen ihnen und den Auftraggebern bestehe kein Herrschafts- und Prinzipalitätsverhältnis. Er geht sogar noch weiter, selbst für den Fall, daß der Dienstmann in der unmittelbaren persönlichen Begleitung des Auftraggebers bleibe, möchte er — wenn auch zweifelnd — ebenso wie für den Bergführer, der Ausrüstungsstücke des Bergsteigers trägt, selbst unmittelbaren Gewahrsam dieser Personen verneinen. Der Gewahrsam verbleibe vielmehr bei den Eigentümern dieser Sache. Auch Maenner[100] verneint grundsätzlich eine Folgepflicht des Gastes gegenüber dem Wirt: Der Gast stehe in keinem Abhängigkeitsverhältnis zum Wirte, er sei daher nicht Besitzdiener, aber auch nicht Besitzer, denn die tatsächliche Herrschaft über die Sachen, die der Wirt in seinen Räumlichkeiten dem Gast zum vorübergehenden Gebrauch überlasse, habe der Wirt selber.

Für Melle[101] genügt schon ein nur vorübergehender Gebrauch allein, um zur Ablehnung eines bestimmten Besitzverhältnisses zu kommen. Der Besitz sei, so führt er aus, begrifflich etwas Zuständliches, ohne längere oder kürzere Dauer tatsächlicher Gewalt bestehe er nicht[102]. Die Frage, ob jemand Besitz an eine Sache erwerbe, die er aus irgendwelchen Gründen sofort wieder verliere, habe das Reichsgericht im Bd. 74 Bl. 149 ff. mit einem glatten Nein beantwortet. Eine Begründung dazu habe das Reichsgericht zwar nicht gegeben. Sie dürfe aber auch garnicht erwartet werden, denn die Auffassung des Reichsgerichts sei zu selbstverständlich, als daß sie noch näher erklärt werden müßte. Sie decke sich vollkommen mit der des Verkehrs[103].

Die gleiche Meinung scheint Sokolowski[104] vertreten zu wollen, wenn er sagt, daß es sich bei der Besitzdienerschaft stets um dauernde Verhältnisse handele. Soweit er dabei die von ihm angeführten Beispiele des Angestellten im Erwerbsgeschäft und des Dienstboten in oder außerhalb des Hauses des Dienstherrn im Auge hat, mögen diese mit seiner Ansicht vereinbar sein. Wenn er aber weiter Hausgenossen und Gäste, welche die Sachen des Gastherrn innerhalb des Privathauses innehaben, Arbeiter und Tagelöhner inbezug auf die ihnen anvertrauten Arbeitsgeräte als Beispielsfälle seiner Ansicht heranzieht, so setzt er sich mit seiner eigenen Meinung in Widerspruch. Denn man kann doch schwerlich behaupten, daß gerade die Hausgenossen und Gäste oder etwa die Tagelöhner in dauernden Beziehungen zu den von ihnen benutzten Sachen stehen. Die Stellungnahme Sokolowskis zu dem Problem kann daher nicht als abschließend gelten.

---

100 Das Sachenrecht nach dem BGB. § 14 Anm. 8.
101 Melle S. 14.
102 so auch Keith, S. 39 am Ende. Ferner Jul. v. Gierke, Sachenrecht, S. 7.
103 Man beachte aber sein Eintreten für Besitzdienerschaft (oben S. 19).
104 Sokolowski, Philosophie im Privatrecht. Bd. II, S. 242, 243.

In jüngster Zeit hat noch Eberhard[105] einen völlig ablehnenden Standpunkt vertreten. Auch er verlangt für den Besitz eine gewisse Festigkeit der Beziehungen. Selbst zur Annahme einer Besitzdienerschaft reichten die bekannten Fälle momentaner Detention nicht aus, da hier kein Abhängigkeitsverhältnis bestehe. Der Besitz löse sich in diesen Fällen in keiner Weise vom Besitzer. Dennoch erscheint es ihm selbstverständlich, daß auch der momentane Inhaber das Recht der Besitzverteidigung und der Besitzwehr haben müsse, wenn er auch für diese Behauptung eine Begründung nicht anführt.

C. Kritik und Ergebnis.

Überblickt man die bisherige Behandlung des Kurzbesitzes rückschauend, so zeigt sich ein verwirrendes Bild von Meinungen und Gegenmeinungen.

Diese Tatsache findet ohne weiteres ihre Erklärung durch die Methode, die durchweg bei der Rechtsanwendung beobachtet wurde[106]. Man ging aus von der Geschlossenheit der Rechtsordnung, die auf allgemein gültigen Grundanschauungen beruhe. Diese Grundanschauungen hätten die bekannten Gebotsnormen erzeugt und müßten auch dann gelten, wenn irgend ein Lebenstatbestand sich nicht ohne weiteres unter eine der gesetzten Normen bringen ließe. Deshalb begann man aus den vorhandenen positiven Normen rückschließend die Grundvorstellung, in diesem Falle den Besitzbegriff, zu konstruieren. Man zerlegte die Rechtsinstitute in starre Einzelelemente, war sich aber über die Begriffsabgrenzung im einzelnen durchaus nicht einig. Man verkannte dabei häufig, daß für einen Begriff verschiedene Ausdrucksmöglichkeiten gegeben sind, die sich nicht — wie die Theorie meinte — gegenseitig ausschließen, sondern einander ergänzen. Dadurch entstand jene Vielheit von Begriffsstreitigkeiten, an denen gerade das Besitzrecht so reich ist. Die Subsumtion der Entscheidungstatbestände unter das Gesetz wurde dann in einer Weise vorgenommen, daß man, entsprechend dem Vorgehen bei der Begriffsbildung, den an sich einheitlichen Lebenstatbestand in formale Einzelteile auflöste, ihn gewissermaßen sezierte und ihn dann in streng logischem Vorgehen der jeweils passenden Gesetzesbestimmung unterordnete[107]. So erklärt sich die Unzahl von Ansichten, die unter der Herrschaft jener Methode aufgestellt worden sind, und es wird verständlich, daß man einem Tatbestand wie dem des Kurzbesitzes, der immerhin ein Grenzfall des Besitzrechts ist, auf diese Weise nicht beizukommen vermag.

[105] Eberhard, Wesen des Besitzes und Grund des Besitzschutzes, in Mecklenburger Zeitschrift 1935 Heft 6, Sp. 218.

[106] vgl. dazu Heck, Schuldrecht, Anhang § 2: Die technische Begriffsjurisprudenz; ferner denselben in seiner Abhandlung: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz S. 91 ff. — Über die bei der Besitzbegriffsbildung angewandte Methode auch Ramdohr in GruchBeitr. 44 (1900). S. 659.

[107] Schmelzeisen, Die Relativität des Besitzbegriffs im ArchzivPr. 136/43 verdeutlicht dieses Vorgehen in einer mathematischen Formel.

Es müssen daher andere Mittel und Wege gefunden werden, um zu einem praktisch brauchbaren Ergebnis zu gelangen.

Eine weitere Erkenntnis hat die Untersuchung der herangezogenen Literatur noch gebracht, die sich aus der Zahl und Zusammenstellung der Einzelfälle ergibt: Die Erscheinung des täglichen Lebens, die man gemeinhin unter dem Ausdruck Kurzbesitz oder momentaner Detention zu verstehen pflegt, ist durchaus kein einheitlicher Tatbestand. Die Einzelfälle kurzfristiger Innehabungen zeigen vielmehr erhebliche Abstufungen je nach der Stärke der Beziehungen des Inhabers zur Sache. Dieser Umstand muß im Auge behalten werden, wenn man an die Untersuchung des einzuschlagenden Weges herangeht. Man darf dabei aber nicht an starren Formeln haften bleiben, die zwar sehr einfach zu handhaben sind bei klaren Tatbeständen, aber sofort versagen, wenn es sich um einen Sachverhalt handelt, der an der Grenze ihres Anwendungsgebietes liegt. Sie haben zwar immer eine Antwort auf das „Wie" der Regelung, nicht aber, warum es so ist. Erst die Frage nach dem Grunde der getroffenen Entscheidung kann aber Aufschluß darüber geben, welche Lebensverhältnisse der Gesetzgeber damit hat regeln wollen. Will man daher das Wesen des Kurzbesitzes verstehen, so muß man zunächst die Grundgedanken des Besitzrechts selbst klären.

Zweiter Hauptteil.

Vorschlag einer Lösung.

A. Grundlagen.

I. Der einzuschlagende Weg.

In der neueren Zeit hat sich insbesondere unter dem Einfluß von Heck[108] immer mehr die Erkenntnis durchgerungen, daß die Rechtsordnung zweckgebunden ist und nicht allgemein gültigen Gebotsvorstellungen entspringt. Es sind immer nur bestimmte Zweckvorstellungen, die den Gesetzgeber bei der Gebotsbildung geleitet haben. Das Recht ist daher nicht von den Begriffen abhängig, die Begriffe sind vielmehr Diener des Rechts. Sie sind nur dazu da, um die Erfassung der mannigfachen Gebotsnormen im Sinne einer besseren Ordnung und Übersicht zu erleichtern. Sie können daher auch nur aus dem Zweck des Gesetzes heraus verstanden werden. Irgendein Erkenntniswert für die Regelung neu auftretender Lebenstatbestände kommt ihnen deshalb nicht zu[109]. Man kann aus ihnen nicht mehr entnehmen, als was bei ihrer Bildung hineingelegt worden ist.

Der Zweck einer jeden Gebotsnorm ist der autoritative Ausgleich von widerstreitenden Interessen. Der Gesetzgeber hat dabei zwischen den Interessen der sich unmittelbar gegenüberstehenden Rechtsgenossen nach dem leitenden Gesichtspunkt der Berücksichtigung aller das Wohl der Gemeinschaft berührenden Umstände eine gerechte und billige Entscheidung zu treffen. Aus diesem im Gesetz enthaltenen Werturteil läßt sich die vom Gesetzgeber angeschaute Interessenlage entnehmen. Gleichzeitig ist damit der Maßstab gegeben, wie der Gesetzgeber die ihm vorschwebende Interessenlage bewertet wissen will.

Will man daher einen gegebenen Lebenstatbestand einer gesetzlichen Entscheidung unterwerfen, so ist die erste Aufgabe die, eine Gesetzesnorm zu suchen, die ihrer Begriffsbestimmung nach auf den Entscheidungstatbestand passen könnte. Damit ist das Ziel aber bei weitem noch nicht erreicht. Jetzt setzt erst die Hauptaufgabe ein, die Interessenwürdigung. Man hat dazu zunächst die Interessen-

[108] Vgl. dazu die grundlegenden Gedanken bei Heck: Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912; ferner in: Gesetzesauslegung. . . . Arch. zivPr. 112 (1914) S. 1 ff. und die Abhandlung: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz S. 32 insbes. S. 106 ff.

[109] Vgl. das treffende Beispiel von Heck, Schuldrecht, Anh. § 1 Ziff. 4b S. 473.

gegensätze aufzuhellen, die der gesetzlichen Regelung zu Grunde liegen, m. a. W., man muß die vom Gesetzgeber angeschaute Interessenlage ausfindig machen. Sodann ist der Interessengegensatz des zu entscheidenden Tatbestands klar zu legen und mit der Interessenlage der Gebotsnorm in Beziehung zu setzen, mit ihr zu vergleichen.

Ergibt sich eine Übereinstimmung beider Interessenlagen, so kommt man an Hand des im Gesetz für die angeschaute Interessenlage ausgesprochenen Werturteils zu einer gesetzestreuen und interessengerechten Entscheidung des Lebenstatbestandes. Die Gemeinschaft der durch den Wortlaut vermittelten Begriffe und der durch die Interessenforschung geklärten Interessenlage gestattet eine logische Anwendung der Gebotsnormen.

Das Ergebnis einer solchen interessengemäßen Gesetzesauslegung kann aber auch sein, daß der Gesetzgeber zwar das Gebot selbst ausgesprochen hat, die nähere Ausgestaltung des Begriffs, an den sich diese Regelung anschließt, aber der Rechtswissenschaft und dem Richter überlassen hat. Es handelt sich dann um einen sogenannten Delegationsfall und die Gebotsnorm kann als Blankettnorm bezeichnet werden. Die Ausfüllung des Begriffes hat dann interessengemäß unter Berücksichtigung aller im Gesetz enthaltenen Werturteile zu erfolgen[110].

II. Der Gehalt des Besitzbegriffes nach dem BGB.

Bei objektiver Würdigung der Arbeitsweise dieser Methode gesetzesmäßiger Interessenauslegung erscheint es einleuchtend, daß damit die Möglichkeit an die Hand gegeben ist, einen rechtlich offenbar so schwierigen Tatbestand wie den Kurzbesitz einer möglichst einheitlichen und lebensnahen und somit praktisch brauchbaren Lösung zuzuführen[111].

Die weitere Erörterung der rechtlichen Stellung des Kurzbesitzes im BGB. hängt von der Vorfrage ab, was das Gesetz unter dem Begriff des Besitzes verstanden wissen will. Es hat im § 854 bestimmt, daß der Besitz durch die Erlangung der „tatsächlichen Gewalt" über die Sache erworben wird. Dieses Besitzverhältnis wird nach § 856 dadurch beendigt, daß der Besitzer die „tatsächliche Gewalt über die Sache" aufgibt oder in anderer Weise verliert. Daraus könnte man entnehmen, daß das Merkmal der tatsächlichen Gewalt bestimmend sei für die Abgrenzung des Besitzbegriffs. Daß dieses jedoch keineswegs der Fall ist, ergibt sich sofort aus den §§ 855, 857 und 868. In diesen Gesetzesbestimmungen wird auch derjenige

110 vgl. dazu Heck, Begriffsbildung. . . . S. 109; s. daselbst S. 109 ff. weitere Ergebnisse interessengemäßer Gesetzesauslegung.

111 vgl. dazu Heck, Sachenrecht § 3 Ziff. 2, der dort ausführt, daß die Besitzlehre klar und verständlich werde, sobald man den Interessenschutz erfaßt habe, dem diese Normen dienten.

als Besitzer bezeichnet, der offensichtlich gar keine „tatsächliche Gewalt über die Sache" ausübt. Das Merkmal der tatsächlichen Gewalt kann daher für die Gestaltung des Besitzbegriffs nicht ausschlaggebend sein[112]. Das Gesetz hat somit keine unmittelbare Begriffsbestimmung des Besitzes gegeben, der Besitzbegriff ist daher nach anderen Anhaltspunkten zu ermitteln. Die Wissenschaft hat sich mit dem Problem beschäftigt und eine ganze Anzahl von Theorien entwickelt.

Nach einer weitverbreiteten Meinung, die heute als herrschend bezeichnet werden kann und nach ihrem Inhalt gewöhnlich die Theorie des Elementarbegriffs genannt wird, hat der Gesetzgeber die Frage nach der Ausgestaltung des Besitzbegriffs offengelassen, um damit auf die im Bewußtsein des Volkes ruhende Anschauung vom Besitz zu verweisen[113]. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen. Will man den an sich richtigen Gedanken, das Gesetz aus dem Volksbewußtsein zu erklären[114], zum objektiven Merkmal der Anwendung einer bestimmten Gesetzesnorm erheben, so muß man doch zum mindesten eine gewisse Verdichtung der Volksüberzeugung hinsichtlich des in Rede stehenden Begriffes fordern, andernfalls einer willkürlichen Auslegung und damit größter Rechtsunsicherheit Tür und Tor geöffnet ist. Demgegenüber ist festzustellen: Das Gemeinbewußtsein vermag weder den Dienergewahrsam noch den mittelbaren Besitz und den Erbengewahrsam einer einheitlichen festen Vorstellung einzuordnen. Selbst die Unterscheidung zwischen Besitz und Eigentum begegnet vielfach Schwierigkeiten. Bestenfalls verbindet sich jedoch mit der Vorstellung der tatsächlichen Gewalt ein Bild rein körperlichen Gewaltverhältnisses zur Sache. Es wird sich daher stets zeigen, daß die Alltagsvorstellungen über den Begriff der tatsächlichen Gewalt zum mindesten schwankend und unabgegrenzt sind[115]. Die Theorie des sogen. Elementarbegriffs ist daher unbefriedigend.

Der Gesetzgeber hat vielmehr aus einem anderen Grunde eine Begriffsbestimmung des Besitzes unterlassen. Er war sich der Schwierigkeiten bewußt, die sich der Zusammenfassung der ungeheuer vielgestaltigen Besitztatbestände in eine kurze Formel entgegenstellen, und wollte nicht durch eine vorzeitige Definition einen Tatbestand festlegen, der noch garnicht zu überblicken war. Er hat daher mit Absicht nur die Wirkungen des Besitzes geregelt und damit die Ausfüllung des Besitzbegriffs der Wissenschaft und Rechtsprechung über-

---

[112] vgl. dazu die treffenden Ausführungen von Müller-Erzbach in JherJ. 61/359 ff.

[113] So insbes. L. Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre S. 23 ff.; vgl. im übrigen Staudinger, Sachenrecht Anm. I, 1 zu § 854. Gegen Goldschmidts Besitzlehre Oertmann im ArchbürgR. 20, S. 220 ff.

[114] vgl. den kürzlich erschienenen Aufsatz von Rothenberger, Die Rechtsquellen im neuen Staat in DJZ. 1936 Nr. 1 Sp. 22 ff.

[115] vgl. Heck, Sachenrecht, § 5 Ziff. 5 und Schmelzeisen a.a.O. S. 52; ferner Planck, Sachenrecht, S. 32.

lassen[116]. Der Besitzbegriff des BGB. trägt sonach Blankettcharakter[117].

III. Die Besitzfunktionen.

Von dem Gehalt dieses legislativen Blankettbegriffs hängt es ab, ob der Kurzbesitz als Besitz anzusehen ist oder nicht, und bejahendenfalls welche Stellung er im Besitzrecht einnimmt. Da das Gesetz also den Begriff des Besitzes selbst nicht festgelegt hat und dieser auch nicht ein allgemein anerkannter, fest umrissener Lebenstatbestand ist, müssen andere Anhaltspunkte für die nähere Bestimmung dieses Tatbestandes gefunden werden. Diese sind jedoch nicht aus anderen Lebensgebieten zu entnehmen, das Gesetz gibt sie vielmehr selbst, indem es an das Vorhandensein dieses gedachten Tatbestandes bestimmte gesetzlich festgelegte Rechtswirkungen knüpft. Aus diesen Rechtswirkungen läßt sich das Werturteil des Gesetzgebers erschließen, wie er gewisse Interessenlagen geregelt wissen will. M. a. W.: Man muß fragen nach den „Funktionen", die der Besitz nach dem Gesetz ausübt und diese Funktionen in Beziehung setzen zu den auftretenden Interessenlagen, um feststellen zu können, ob und wann eine rechtlich anerkannte Besitzlage vorliegt[118].

Das Gesetz hat den Besitztatbestand mit mehreren Rechtsfolgen ausgestattet, die von verschiedenen Wertungen ausgehen. Diese treten, wie sich noch zeigen wird, je nach den Umständen des Einzelfalles nicht überall gleichzeitig oder gleich stark hervor, geben aber im Zusammenhang mit der Abwägung der Interessen ein genügend zuverlässiges Mittel zur Erkenntnis des Besitzbegriffs.

1. Der Besitzschutz.

a) Bedeutung.

Die wichtigste, weil in jedem Fall in Erscheinung tretende Besitzfunktion ist der umfassende Schutz, den der Gesetzgeber der einmal

116 Nach den Motiven Bd. III S. 81 ist im ersten Entwurf von „einer näheren Bestimmung der Gestaltung der Innehabung" abgesehen worden, weil dadurch die „richterliche tatsächliche Würdigung" in schädlicher Weise beengt werde.

117 Für die Blankettauffassung und gegen die Theorie des Elementarbegriffs Heck, Sachenrecht § 5 Ziff. 4 und 5; Schmelzeisen ArchzivPr. 136, 52 sowie Fischer-Henle-Titze BGB. § 854 Ziff. 4.

118 vgl. dazu Heck, Sachenrecht § 5 Ziff. 6; ferner Schmelzeisen, ArchzivPr. 136/53, der dort ausführt, daß dieses Verfahren sich von dem der Begriffsjurisprudenz dadurch unterscheide, daß es auf umgekehrtem Wege vorgehe. Es werde nicht aus dem Begriff die Wirkung, sondern aus der Wirkung der Begriff erschlossen. So auch Müller-Erzbach in ArchzivPr. 142,39. — Vgl. auch Sokolowski Bd. II S. 251, der ausführt, daß die moderne Besitzlehre vom Besitzschutz und seiner Anwendung ausgehe und einen a priori konstruierten Besitzbegriff ebensowenig anerkenne, wie das älteste römische Recht. Auch Müller-Erzbach betont in seiner Abhandlung, „Wohin führt die Interessenjurisprudenz" S. 78 und; „Die Relativität des Besitzbegriffs" in JherJahrb. 61 S. 374 den obigen Gesichtspunkt.

entstandenen Besitzlage zuteil werden läßt. Diesen hat das Gesetz in dem ausschließlich dem Besitzrecht gewidmeten ersten Abschnitt des Sachenrechts abschließend geregelt, während die anderen Funktionen im System verstreut stehen. Damit hat es zu erkennen gegeben, welchen Wert es dieser Besitzfunktion im Hinblick auf die Auslegung des Besitzbegriffs beimißt[119].

b) Grund des Besitzschutzes.

Die Bedeutung des Besitzschutzes war bereits frühzeitig erkannt worden, sodaß die Frage nach dem Grunde dieser in der Rechtsordnung einzig dastehenden Schutzgewährung zum wichtigsten und wohl am meisten erörterten Problem des Besitzrechts wurde. Welche sind die Interessen, die für diese wenn auch nur einstweilige Bevorzugung des Besitzers vor dem dinglich Berechtigten ausschlaggebend waren? Das früher stark umstrittene Problem ist heute zu Gunsten der sogen. Friedenstheorie[120] entschieden. Der Besitz soll geschützt sein auf Grund des Interesses, das der Staat, die Allgemeinheit und letzten Endes auch der Einzelne an der Erhaltung des Rechtsfriedens, an dem Zustand, der durch das jeweilige Besitzverhältnis gekennzeichnet ist, hat. Neuerdings hat Heck[121] diese zur allgemeinen Geltung gelangte Auffassung entschieden bekämpft. Die Friedenstheorie sei, soweit sie die öffentlichen Interessen in den Vordergrund stelle, unzutreffend, im übrigen zu unbestimmt. Die öffentlichen Interessen seien genügend berücksichtigt durch die spezifisch öffentlich-rechtlichen Normen des Straf- und Verwaltungsrechts. Der Grund, weshalb das BGB. den Besitzer schütze, liege unmittelbar beim Besitzer selbst. Es sei das „rein private Interesse des Besitzers an der Erhaltung der Sache in seiner eigenen Interessensphäre".

---

119 Mit Recht sieht auch Wolff Sachenrecht, § 6 II das entscheidende Merkmal für die Abgrenzung des Besitzdieners von all den anderen Personen, die zwar auch in enger körperlicher Beziehung zu einer Sache stehen, ohne sie aber zu besitzen, in der Selbsthilfevollmacht des § 860. Auch Planck, Sachenrecht, Vorbem. 2 vor § 854, S. 31 gibt zu, daß man in Zweifelsfällen den tatsächlichen Zustand unwillkürlich zunächst darauf prüft, ob er des Besitzschutzes würdig ist. Nur Schmelzeisen a.a.O. S. 53 lehnt die Berücksichtigung der Besitzschutzinteressen für die Begriffsbildung ab. Die Wirkungen einer Besitzverletzung seien lediglich Reaktionswirkungen. — Allein damit setzt er sich wohl mit der geschichtlichen Entwicklung des Besitzrechts in Widerspruch. Danach dürfte gerade der Besitzschutz wesentlich für die Entstehung des Besitzbegriffes gewesen sein. Vgl. ausführlich über die geschichtliche Entwicklung des Besitzrechts Heck, Sachenrecht, Exkurs II S. 489 ff. und zu dem Gesagten insbes. daselbst Abschnitt I.

120 Eine Übersicht über die verschiedenen Besitzschutztheorien gibt Planck, Sachenrecht S. 33, für die Friedenstheorie u. a. Wolff, Sachenrecht § 17; Cosack-Mitteis, Bürgerliches Recht II. Bd. § 12 I; Rosenberg Sachenrecht Vorbem. 4 f. vor § 854 S. 12; Staudinger, Sachenrecht Vorbem. II, 1 vor § 854; RGRKomm. Vorbem. vor § 854 u. a. Neuerdings noch Eberhard in Meckl. Zeitschr. 1935 Sp. 211 ff. (214), ausgehend von der Persönlichkeitstheorie.

121 Heck, Sachenrecht § 3 Ziff. 6 bis 8 und Exkurs I S. 486 ff.

Diese Kontinuität der Lebensverhältnisse, die man auch als den „Organisationswert des Besitzes" bezeichnen könne, werde ohne Rücksicht darauf, ob ein definitives Recht vorliege, als ein Gut anerkannt. Es könne nötig sein, diese Interessen vor schwerer wiegenden zurücktreten zu lassen. Der rechtlose Besitzer müsse schließlich dem Eigentümer weichen. Aber der Eingriff in die Kontinuität sei immer eine Interessenschädigung, ein Verlust an Lebenswerten. Deshalb solle er vermieden werden, bis das Vorliegen eines besseren Rechts, eines überwiegenden Grundes durch Richterspruch festgestellt werde, bis dahin solle die Kontinuität erhalten und deshalb der Besitzstand nicht geändert werden[122].

In der Tat besteht ein solches Bedürfnis für den Besitzer und zwar in solchem Maße, daß es als grundlegend für die Rechtfertigung des Besitzschutzes angesprochen werden kann. Nur ist der Gegensatz zwischen der Friedenstheorie und der Kontinuitätstheorie — wie Heck seine Theorie nennt — nicht so scharf, wie er es wahr haben will. Schon früher sind diese Zusammenhänge gesehen worden, ohne daß es darum zu einem Bruch mit der Friedenstheorie gekommen wäre[123].

Entscheidend ist, von welchem Standpunkt aus man das Problem betrachtet. Oberster Grundsatz in jedem geordneten Staatswesen ist freilich die Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens. Insofern ist auch die Öffentlichkeit an dem Fortbestand des jeweiligen Besitzstandes interessiert. Dieses allein ist aber noch kein zureichender Grund für die Annahme eines bürgerlich-rechtlichen Besitzschutzes. Das Prinzip der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens kommt in vielen Gesetzesbestimmungen zum Ausdruck, ohne daß das Gesetz sich veranlaßt gesehen hätte, einen so weitgehenden Schutz wie beim Besitz damit zu verbinden. Die Ursachen der vom BGB. getroffenen Regelung liegen vielmehr beim Besitzer selbst. Der Einzelne rechnet mit einer friedlichen Abwicklung des Sachgüterver-

122 Heck a.a.O. § 3 Ziff. 7; auch Staudinger Vorbem. 3 vor § 854 muß gegenüber Heck zugeben, daß in der Ausgestaltung des Besitzrechts im einzelnen der Schutz der privaten Zusammenhangsinteressen als Ergänzung von wesentlicher Bedeutung ist. — Für das Privatinteresse des Besitzers am Besitzschutz jüngst noch Müller-Erzbach in ArchzivPr. 142/14.

123 Bereits Dernburg hat in seinem Preußischen Privatrecht § 156 S. 351 ähnliche Gedanken zum Ausdruck gebracht. Desgl. in seinen Pandekten I. Bd. § 170, S. 397 und in dem Lehrbuch, Das bürgerliche Recht, III. Bd. § 10 Ziff. 1; Vgl. ferner Oertmann, ZHR. 95/453. — Nicht so deutlich, wenn auch im Grunde wohl gleicher Ansicht Stintzing ArchzivPr. 109/352 (insbes. 357, 358). — Ausdrücklich gehen Hecks Theorie, Wolff, Sachenrecht § 17 Ziff. 1 und Lasch S. 10. Ersterer sieht den Grund für die Kontinuitätsinteressen gerade umgekehrt in dem allgemeinen Bedürfnis nach Friedensschutz, ein privates Interesse neben diesem sei nicht anzuerkennen. Rheinstein muß bei der Besprechung von Hecks Sachenrecht in JW. 1931, 2897 zugeben, daß die Friedenstheorie allein nicht ausreiche, ergänzend müsse die Kontinuitätstheorie eingreifen. Rotering in ArchbürgR. Bd. 27, 1906 S. 85 und 87 sieht den Grund für die Fortdauer des einmal begründeten Besitzstandes in dem Prinzip der „Rechtskontinuität", der „ruhige" Besitz erscheint als ein „Haben und Habenwollen mit allgemeiner Anerkennung".

kehrs und kann daher Schutz gegen eigenmächtige Eingriffe anderer verlangen. Diesen gewährt ihm das Gesetz, indem es das Verbot der Eigenmacht ausspricht und an dessen Übertretung Folgen anknüpft, die einen wirksamen Schutz gegen Verletzungen dieser Einzelinteressen gewährleisten. Soweit allerdings höhere Interessen der Gemeinschaft diesen Einzelinteressen entgegenstehen, kann der Besitzer nicht mit einer für sich allein gesicherten „Bereitschaftslage der Sache“[124] rechnen, insoweit entfällt die Kontinuitätserwartung. Damit ist gleichzeitig der eigennützigen Ausbeutung einer geschützten Rechtsage ein Riegel vorgeschoben. Die Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens im Gebiete des Besitzrechts ist daher ein Mitgrund für den dem Besitzer zuteil werdenden Rechtsschutz. Nur ist gerade die Ursache für die spezielle Ausgestaltung des Besitzschutzes die Kontinuitätserwartung des Einzelnen. Je nachdem man nun den Ton auf den einen oder andern Gedanken legt, sind beide Theorien berechtigt und mit einander vereinbar, nur dürfte den Ausschlag die Kontinuität der Interessen gegeben haben[125].

2) Die Zeichenwirkung.

a) Die Ausdrucksfunktion.

Ein weiterer Aufgabenkreis für den Besitz ergibt sich beim Erwerb und Verlust von Fahrniseigentum. Die nähere Ausgestaltung dieser Besitzwirkung hat der Gesetzgeber nicht im Besitzabschnitt des Gesetzbuches getroffen, sondern im Zusammenhang mit der Regelung der Eigentumsübertragung in den §§ 929 ff. Der Besitz erfüllt hier zwei verschiedene Funktionen, je nachdem ob es sich um den Eigentumserwerb vom Berechtigten (§§ 929—931) oder vom Nichtberechtigten (§§ 932 ff.) handelt. Im ersteren Falle hat der Besitz die Bedeutung eines Rechtszeichens[126]: Die Änderung der Besitzlage soll im Zusammenhang mit der Einigung, die ja nicht ohne weiteres erkennbar ist, die Änderung des Willens nach außen kund tun. Diese Wirkung des Besitzes beruht auf der gesetzlichen Anerkennung der Lebenserfahrung, daß derjenige, der das Eigentum an einer Sache aufgibt, regelmäßig auch den Besitz daran aufgibt. Diese Besitzeigenschaft beruht daher nicht auf dem Interessenwert des Besitzes — denn der Besitzer will sich der Sache ja gerade entledigen! — sondern auf seinem Erkenntniswert: die erkennbare Besitzänderung drückt die gewollte Eigentumsänderung aus. Man könnte daher diese Funktion die Ausdrucksfunktion[127] des Besitzes nennen. Auf

[124] Dieser Ausdruck ist von Heck, Sachenrecht, § 5 Ziff. 6 vorgeschlagen.

[125] vgl. auch Handel, S. 20, der die Streitfrage eine Formulierungsfrage nennt: Die Friedenstheorie hebe das Mittel des Besitzschutzes hervor, während die Kontinuitätstheorie den Gegenstand des Besitzschutzes in den Vordergrund der Betrachtung stelle. Auch Schmelzeisen (ArchzivPr. 136/166) gibt die Vereinbarkeit aller bisher für den Besitzschutz angeführten Gründe und nicht zuletzt auch der Begründung Hecks zu.

[126] vgl. darüber Heck § 29 und § 4 Ziff. 4.

[127] Heck, Sachenrecht, § 4 Ziff. 3 spricht hier von einer Wirkungsfunktion. — Schmelzeisen a.a.O. S. 54 und 58 bezeichnet die obige Funktion als

derselben Funktion beruhen ferner die Vorschriften über den Erwerb beschränkter dinglicher Rechte, so bei der Nießbrauchsbestellung (§ 1032), bei der Bestellung von Fahrnispfandrechten (§§ 1205 ff.), sowie die Bestimmungen über Verlust des Eigentums und des Fahrnispfandrechts in den §§ 959 ff. und 1253 und schließlich die Vorschrift über die Aneignung herrenloser Sache in § 958. Auch in diesen Fällen verlangt das Gesetz für die Wirksamkeit der gewollten Rechtsänderung oder Rechtsbegründung die Herbeiführung des entsprechenden Lebenstatbestandes.

b) Die Rechtsscheinwirkung.

Die zweite Funktion des Besitzes im Gebiete des Sacherwerbs beruht gleichfalls auf einer Zeichenwirkung[128] der Besitzlage. Diese hat in den §§ 932 ff. ihren Ausdruck gefunden. Als der Gesetzgeber in den §§ 929 ff. den Besitz als Rechtszeichen für die Ernstlichkeit des Änderungswillens bestimmte, ging er von dem Normalfall aus, daß dem Inhaber des Besitzes auch das entsprechende Recht zur Seite steht, über die Sache zu verfügen. Wie ist es aber nun, wenn Recht und Wirklichkeit auseinanderfallen, wenn der Verfügende zwar den Besitz, aber nicht die Verfügungsberechtigung an der Sache hatte[129]? Wie sollte in diesem Falle die Frage des Eigentumsüberganges gelöst werden? Es stehen sich hier zwei Interessengruppen gegenüber[130], deren jede für eine lebensnahe Rechtsordnung gleichwertig ist. Auf der einen Seite verlangt die Verkehrssicherheit, daß der Erwerber auf die äußeren Umstände der Besitzlage vertrauen kann, daß er den Besitzer in gutem Glauben für den Berechtigten halten darf. Denn sonst würde der Erwerb von Fahrnis in unerträglicher Weise erschwert, wollte man von dem Erwerber erst umfangreiche Untersuchungen über den Bestand und die Herkunft des Rechts des Veräußerers verlangen. Auf der anderen Seite steht diesem Interesse das Verlangen des Rechtsinhabers gegenüber, daß die Rechtsordnung ihn in seinem Güterbestand schützt, daß er nicht Gefahr läuft, durch Verfügung eines Nichtberechtigten, der lediglich den Besitz seiner Sache innehat, sein endgültiges Recht

---

Verwirklichungsfunktion und meint mit der Bezeichnung „Ausdrucksfunktion" die Besitzwirkungen, die im Text hier verständlicher als Rechtsscheinwirkung gekennzeichnet werden. — Vgl. ferner Bott-Bodenhausen S. 86, 87 und Müller-Erzbach, JherJahrb. 61/359. — Frühere Ausgliederungsversuche der verschiedenen Besitzwirkungen bei Stampe Arch. zivPr. 107/274 (276), Araventinos in JherJahrb. 48/104; Leonhard in Festschrift für O. v. Gierke S. 40.

128 Deshalb faßt Heck, Sachenrecht § 3 Ziff. 3 und § 4 Ziff. 3 beide Funktionen unter dem Namen „Zeichenfunktionen" zusammen; vgl. auch die Gegenüberstellung der Zeichenfunktion mit der Eintragungswirkung bei Grundstücken das. § 48 — ferner RGZ. 108/269 (271).

129 Ursache dieses Konfliktes war daher der dem Besitz beigelegte Rechtsschein, der im Normalfall auch eine brauchbare Erkenntnisquelle ist.

130 vgl. Ehrenberg, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit in JherJahrb. 47/273 (279 ff.). Auch Heck, Sachenrecht § 43 und § 60 stellt die beiden Interessen gegenüber. Vgl. ferner Handel S. 31, 32.

an derselben zu verlieren. Dieses Interesse geht auf Rechtssicherheit. Für den Gesetzgeber galt es nun, zwischen diesen widerstreitenden Interessen einen gerechten und billigen Ausgleich zu finden. Er hat sich für eine Mittellösung entschieden: Der Erwerber darf auf den Anschein des Rechts, den die Besitzlage dem Veräußerer verleiht, vertrauen, soweit er die wahre Sachlage nicht besser erkennen kann[131]. Das äußere Zeichen für die gesetzliche Regelung ist danach das Vorhandensein einer Besitzlage. Der in der erkennbaren Besitzlage liegende Schein eines dahinterstehenden Rechts bewirkt den Eigentumsübergang auch ohne Mitwirkung des wahren Rechtsinhabers. Man kann hier von einer „Rechtsscheinwirkung" des Besitzes sprechen[132]. Eine gewichtige Ausnahme erleidet diese Regel nur im Falle des § 935: Trotz Vorhandenseins der Besitzlage dringt die Rechtsscheinwirkung zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers nicht durch, wenn die Sache aus dem unmittelbaren Besitz des Eigentümers oder seines Unterbesitzers abhanden gekommen ist. Dieser Fall ausdrücklichen Abweichens von der Rechtsscheinwirkung des Besitzes beruht auf rechtspolitischen Erwägungen, die hier die Rechtssicherheit vor die Verkehrssicherheit stellen[133]. Von den Gründen dieser Regelung ist weiter unten bei der Besprechung des materiellen Besitzervorzugs zu handeln. — Auf der Anerkennung der Rechtsscheinwirkung des Besitzes beruhen ferner die Vorschriften der §§ 1032 und 1207, insofern sie den Gutglaubensschutz auch für die Nießbrauchs- und Pfandrechtsbestellung für anwendbar erklären. Sodann ist auch die Bestimmung des § 1006 hierauf zurückzuführen, in dem das Gesetz bei Vorhandensein der Besitzlage eine Vermutung für das Vorliegen des ihm entsprechenden Rechts aufstellt[134].

3. Der materielle Besitzervorzug.

a) Die Rechtserhaltungswirkung.

Auch für den endgültigen Aufbau der Sachgüterverteilung hat der Besitz Bedeutung. Streiten sich zwei Personen um den Besitz einer Sache und vermag sich keine von ihnen auf irgend ein Recht

---

131 Über den Streit der Meinungen, worauf der Erwerb vom Nichtberechtigten letzten Endes zurückzuführen ist, vgl. ausführlich Regelsberger, Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten in JherJahrb. 47/339 (354 ff.) und Krückmann, in ArchzivPr. 108/179. Weitere Nachweise bei Planck, Sachenrecht, Vorb. 4 vor § 932.

132 Der Rechtsscheinbegriff hat in der neueren Literatur umfangreiche Beachtung gefunden. Sein Anwendungsgebiet wird verschieden beurteilt. Für weitgehende Verwendung tritt ein vor allem Krückmann in JherJ. 57, 1 ff.: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre; ferner Naendrup, Rechtsscheinforschungen Heft 1 u. 2, 1901 und in JherJ. 75, 237; Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel, München 1906, S. 82. Hübner, Deutsches Privatrecht, S. 11 ff. — Über die Rechtsscheinwirkungen beim Besitz Heck Sachenrecht, § 4 Ziff. 3 und § 59 Ziff. 1, sowie Bott-Bodenhausen S. 87. Vgl. auch Wolff, Sachenrecht § 69 II.

133 vgl. Denkschrift Mugdan S. 976.

134 vgl. Handel S. 27, der noch die Fälle der §§ 793, 851 und 957 hinzurechnet.

an der Sache zu berufen, so muß der Streitfall doch zu Gunsten einer der beiden entschieden werden. Die endgültige Entscheidung liegt in diesem Falle in der Art des Besitzes. Der § 1007 gibt dem auf Grund seines älteren Besitzes besser Berechtigten einen Herausgabeanspruch gegen den ihm gegenüber fehlerhaft Besitzenden. Da in diesem Fall der § 863 nicht gilt, die Parteien also sämtliche Einwendungen und Gegeneinwendungen vorbringen können, trifft diese Norm im Gegensatz zu dem Wiedereinräumungsanspruch des § 861 eine endgültige Regelung des Besitzstandes[135].

In einer weiteren Bestimmung hat das Gesetz das definitive Recht des Eigentümers gegen unfreiwilligen Verlust gesichert. Es war dies notwendig geworden, da die Rechtsordnung den Besitz zum äußeren Zeichen für den Eigentumsübergang erhoben hatte. Infolge der Unvollkommenheit dieser Erkenntnisquelle konnte das Gesetz leicht zum Förderer unbilliger Ergebnisse werden. Es hat daher im § 935 dafür Vorsorge getroffen, daß sich die an den Besitz wegen seiner Ausdruckslage geknüpften Rechtswirkungen nicht gegen den materiell zum Besitz Berechtigten kehrten. Einen vollkommenen Schutz konnte das Gesetz dem Berechtigten aus rechtspolitischen Gründen nicht gewähren. Es hat die Sicherung des materiellen Rechts vielmehr davon abhängig gemacht ob der Besitz dem Berechtigten abhanden gekommen ist. Der Grund dieser Regelung dürfte mit Heck[136] darin zu sehen sein, daß das Schutzbedürfnis des Eigentümers in diesem Falle um das Schutzbedürfnis des unmittelbaren Besitzers vermehrt ist. Denn der unmittelbare Besitz ist ja in diesen Fällen nicht wie in den § 932 ff. freiwillig aufgegeben, sondern entweder dem Eigentümer selbst oder seinem Unterbesitzer ohne oder gegen dessen Willen entzogen worden. Das Zusammentreffen beider Interessen wird daher von der Rechtsordnung höher gewertet als das Verkehrsinteresse. Es spielen also auch hier Kontinuitätsinteressen herein[137].

b) Die Rechtsbegründungswirkung.

In den besprochenen Fällen vermochte sich das Recht dem Leben gegenüber durchzusetzen und die Nachteile, die sich aus der Unvollkommenheit des Besitzes als rechtlich erheblichen Lebenstatbestandes ergaben, abzuwenden. Hier wurde also der Besitz um des Rechts willen geschützt. Es kann aber auch so sein, daß die Lebenserfordernisse gebieterisch die Verdrängung des Rechts aus dem Besitz fordern, so daß das Leben selbst in seinem Tatbestand zu Recht wird[138]. Der verlorene Gegenstand in der Hand des Finders, die bewegliche Sache oder das Grundstück im Eigenbesitz des Er-

135 Wolff, Sachenrecht § 23.
136 Heck, Sachenrecht, § 60 Ziff. 1; vgl. auch Schmelzeisen a.a.O. S. 144.
137 s. auch Heck, Sachenrecht § 4 Ziff. 2.
138 Schmelzeisen a.a.O. S. 54: „Das Leben kann sich so üppig und machtvoll gegenüber dem Recht entwickeln, daß es sich in das Recht hineinfrißt und schließlich in seinem Tatbestand selbst Recht wird".

sitzers, sie alle entbehren nicht des wahren Berechtigten. Die Allgemeinheit kann aber nicht warten, bis dieser sich nach Jahr und Tag meldet, um so lange die Sache als Treuhänder des Berechtigten aufzubewahren. Sie hat ein Interesse daran zu wissen, ob das brach liegende Gut ihrer Anteilnahme offensteht oder nicht. Wem sollte die Rechtsordnung in diesem Fall das Gut zusprechen? Es lag nahe, daß sie dabei an den gegebenen Lebenstatbestand anknüpfte und den Besitzer nach Ablauf bestimmter Schutzfristen mit dem endgültigen Recht, dem Eigentum bekleidete. Parallel damit lief der Ausschluß des früher Berechtigten mit seinem Eigentum. Auf diesen Gedankengängen beruhen vor allem die dem Besitz in den §§ 965 ff. (Fund), 927 (Ersitzung eines Grundstücks) und 937 ff. (Ersitzung einer beweglichen Sache) beigelegten Rechtswirkungen. In diesen Fällen wurde also die Lebensordnung selbst zur Rechtsordnung erhoben, indem der Besitz zur Grundlage des endgültigen Rechts bestimmt wurde. — Beide Normengruppen bevorzugen den Besitz zugunsten des materiellen Rechts. Die eine schützt den Besitz, weil das materielle Recht sich stärker erwies als die ihn umkreisenden Funktionen, die zweite, weil das Leben ein Erstarken des Besitzes zum materiellen Recht forderte. Heck[139] faßt sie daher unter der Bezeichnung „materieller Besitzervorzug" zusammen.

4. Die Pflichtfunktion.

An den Besitztatbestand knüpft das Gesetz weiterhin gewisse Pflichtbelastungen an. Wie wir oben gesehen hatten, verlangt die Rechtsordnung zur Begründung, Veränderung oder Aufhebung von dinglichen Rechten die Herbeiführung des entsprechenden Lebenstatbestandes. Dabei ging sie von dem Erfahrungssatz aus, daß im Verkehrsleben diese Formen im allgemeinen beachtet werden, sodaß regelmäßig die Besitztatbestände dem Recht entsprechen[140]. Sind dabei jedoch, entgegen dem Normalfall, Recht und Besitztatbestand geschieden, so wird der Besitz, an den die Rechtsordnung nun einmal wegen seiner Ausdruckslage im täglichen Leben die erwähnten Rechtsfolgen geknüpft hatte, zur Grundlage von Pflichten, die die Wiederherstellung der gestörten Einheit von Recht und Besitzlage oder den Ausgleich der dadurch entstandenen Schäden zum Gegenstand haben. Man könnte diese Erscheinung als die Pflichtfunktion[141] des Besitzes bezeichnen. Hierauf beruht die Passivlegitimation des Besitzers für den Wiedereinräumungsanspruch wegen Besitzentziehung aus § 861, für den Herausgabeanspruch des Eigentümers und die Nebenansprüche auf Nutzungen und Schadensersatz aus den §§ 985—993 und für den Herausgabeanspruch aus früherem Fahrnisbesitz nach § 1007. Der Besitzer ist in allen diesen Fällen der richtige Beklagte. Entsprechendes gilt bei Beeinträchtigung des Rechts des Nieß-

[139] Heck, Sachenrecht § 3 Ziff. 3 und § 4 Ziff. 1.
[140] vgl. dazu Schmelzeisen a.a.O. S. 54.
[141] so Schmelzeisen a.a.O. S. 54, 58 und Heck, Sachenrecht § 4 Ziff. 7.

brauchers gemäß § 1065 und des Pfandgläubigers gemäß § 1227. — Weiter kann der Besitz mit einer gewissen Duldungspflicht belastet sein, so in den Fällen des § 867 mit dem Abholungsanspruch des Altbesitzers oder des § 1005 mit dem Aufsuchungsanspruch des Eigentümers. Das Ziel dieser Ansprüche geht auf Wiederherstellung des dem Recht entsprechenden Lebenstatbestandes oder auf Schadensausgleich. Der Grund dieser Pflichtbelastung liegt daher weder in der Bereitschaftslage noch in der Ausdruckslage des Besitzes, die dahingehenden Funktionen sollen ja gerade durchbrochen werden zu Gunsten eines besseren Rechts an der Sache. Der Besitzer wird vielmehr deshalb in Anspruch genommen, weil ihn sein derzeitiger Besitz in die Lage versetzt, diesen Ansprüchen zu genügen. Grundlage der Pflichtfunktion ist daher die durch den augenblicklichen Besitzstand vermittelte Leistungsfähigkeit des Besitzers[142], den aus dem besseren Recht fließenden Ansprüchen zu genügen. Die Pflichtfunktion steuert daher auf eine endgültige Regelung der Besitzverhältnisse hin.

IV. Die Relativität der Besitzbegriffe.

1. Die Relativität der Rechtsbegriffe.

Der Idealfall für die Rechtswissenschaft wäre gegeben, könnte sie aus diesen verschiedenen Besitzfunktionen einen einheitlichen, das gesamte Besitzrecht umspannenden Besitzbegriff herauskristallisieren. Von der Auffassung eines solchen ganzheitlichen Besitzbegriffs ging die bisherige Rechtswissenschaft auch vorwiegend aus[143]. Der Besitzbegriff war für sie eine absolute Größe, der ohne Rücksicht auf die Art seiner jeweiligen Verwendung stets den gleichen Sinn und Inhalt hatte. Da bei dieser Methode Unbilligkeiten in der Rechtsanwendung nicht zu vermeiden waren, kam man zu mannigfachen Begriffsdehnungen und -pressungen, ohne damit nur an Rechtssicherheit zu gewinnen. Dieses Bild zeigt auch die obige Darstellung der bisher dem Kurzbesitz zuteil gewordenen Behandlung in aller Deutlichkeit.

Bei ihrem Vorgehen verkannte die Rechtswissenschaft völlig die Grundlagen einer lebensnahen Begriffsbildung. Das Leben und damit auch die Rechtsordnung als eine dem Leben dienende Disziplin kennt keinen Begriff an sich, der losgelöst von jeglicher Lebensbeziehung als reines Gedankengebilde bestünde. Immer kommt es vielmehr auf den Standpunkt an, von dem aus man den Begriff betrachtet und dieser Standpunkt wird bestimmt durch den Zweck, dem der zu bildende Begriff zu dienen hat. Zur Veranschaulichung

[142] so Heck Sachenrecht § 4 Ziff. 7 und § 66 Ziff. 3.

[143] Diese Auffassung macht ihr Burckhardt, Methode und System des Rechts 1935, S. 63 zum Vorwurf: „Die unkritische Verallgemeinerung ist ein Fehler der sogen. Begriffsjurisprudenz oder des Rechtslogismus: man vindiziert einem relativ allgemeinen Begriff einen größeren Geltungsbereich als ihm zukommt, oder gar Allgemeingültigkeit".

dieser Ausführungen möge ein Beispiel aus dem Leben dienen, das Müller-Erzbach[144] gebildet hat. An dem Begriff des Winters weist er die verschiedenen Anschauungsmöglichkeiten nach. Der Begriff des Winters im üblichen Sinne sei durch den Kalender auf Bruchteile von Sekunden genau festgelegt worden. Der Botaniker dagegen, der nicht auf den Stand der Sonne achtet, sondern nur auf das Verhalten seiner Welt, rechne den Winter vom Verschwinden bis zum Wiedererscheinen des Grüns in der Natur, also etwa vom 15. November bis zum 15. März. Für den Metereologen wiederum sei diese Jahreszeit durch den Temperaturrückgang gekennzeichnet, sodaß er sie bereits am 1. Dezember beginnen lasse und Ende Februar beschließe. Wer endlich als Maler auf das Tageslicht angewiesen sei, der könnte mit demselben Recht als „seinen" Winter die Zeit der größten Dunkelheit ansehen und ihn vom 5. November bis zum 5. Februar rechnen. Jeder dieser vier Standpunkte könne für sich in Anspruch nehmen, daß „sein" Winter der richtige sei und seiner Welt entspreche.

Gleiches muß auch für die juristische Begriffsbildung gelten. Man muß Müller-Erzbach[145] zustimmen, wenn er sagt, daß man einen Begriff nicht als eine bestimmte ein für allemal gegebene Größe ansehen dürfe. Man müsse vielmehr in jedem Falle, wo vernünftigerweise Zweifel möglich seien, prüfen, welche Inhaltsverschiebung der Begriff durch den Zusammenhang, insbesondere durch den Zweck der konkreten gesetzlichen Bestimmung erleide.

2. Insbesondere der Besitzbegriff.

Wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, verfolgt die Rechtsordnung mit dem Besitztatbestand verschiedenartige Zwecke, die von verschiedenen Wertideen ausgehen: Kontinuitätsinteressen und Erkenntniswert. Da die Bildung des Besitzbegriffs abhängig ist von den Funktionen, kann es bei der Verschiedenheit der ihm zugrundeliegenden Wertideen auch zu einer Spaltung des Besitzbegriffs kommen[146]. Der Besitzbegriff ist daher nicht eine absolute Größe, sondern kann je nach der in Frage stehenden Funktion eine relative Begriffsbestimmung erforderlich machen: der Besitz ist sonach relativ[147].

144 Müller-Erzbach, Wohin führt die Interessenjurisprudenz S. 72, 73.

145 Müller-Erzbach, Jher.J. 61, 373 vgl. neuerdings wiederum denselben in seiner Abhandlung: Wohin führt die Interessenjurisprudenz 1932, S. 25. — Die Relativität der Gesetzesbegriffe wird fernerhin betont von Stoll in Beilageheft zu ArchzivPr. 133/60 (89). — Gegen die Relativität neuerdings Binder in ZHR. Bd. 100 (1934) S. 73. vgl. aber die zutreffende Widerlegung dieser Ansicht bei Müller-Erzbach, Lassen sich. . . . S. 141—143.

146 Ähnliche Ausführungen hat auch Bott-Bodenhausen, Formatives und funktionales Recht. . . . (1926), insbes. S. 42 ff., 54, 85 ff. zum Besitzbegriff gemacht. — Vgl. auch schon die beachtlichen Ausführungen bei Wendt, Besitz und Besitzwille, Festschr. für die jur. Fak. Gießen, Gießen 1907, S. 237.

147 vgl. dazu die eingehenden Untersuchungen von Schmelzeisen in ArchzivPr. 136, 1932, S. 38 ff. u. 129 ff. Hierzu die Kritik von Nipperdey in

Es ist daher nicht gesagt, daß der Besitz des Besitzschutzes derselbe ist wie der der Ausdrucksfunktion oder Rechtsscheinlage. Immer bestimmt erst der Zweck der jeweiligen Verwendung des Begriffs seinen Sinn und Inhalt[148].

B. Die Besitzfunktionen in ihrer Beziehung zum Kurzbesitz.

I. Die Lehren aus der Besitzschutzwirkung.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß der Besitzbegriff des BGB. eine Blankettnorm ist, deren Ausfüllung den in der Rechtsordnung enthaltenen verschiedenen Besitzfunktionen vorbehalten ist. Die Untersuchung der einzelnen Funktionen hat die ihnen zugrundeliegenden Wertgedanken klargelegt, deren Gegenüberstellung ergab, daß die einzelnen Funktionen von verschiedenen Lebenswerten ihren Ausgangspunkt nahmen. Diese Verschiedenheit der Wertideen macht gegebenenfalls eine relative Begriffsbestimmung notwendig.

1. Das Zeitproblem.

Aus den Erkenntnissen folgen mehrere für die grundsätzliche Stellung zum Problem des Kurzbesitzes wichtige Lehren. Oben wurde festgestellt, daß sich das Hauptinteresse des kurzfristigen Inhabers auf Erlangung des Besitzschutzes richtet. Daher hat die Prüfung solcher Inhabungen nach der besitzrechtlichen Seite hin in erster Linie von der Schutzwirkung der Besitzlage auszugehen. Die vom Gesetzgeber in der Aufstellung des Besitzschutzes gewerteten Lebensinteressen wurden als Kontinuitätsinteressen erkannt. Darunter ist das Interesse des Besitzers an der Aufrechterhaltung des tatus quo, an dem ungehinderten Genuß der Bereitschaftslage der in seinem Machtbereich befindlichen Sache bis zur endgültigen Feststellung eines besseren Rechts durch den Richter zu verstehen. Maßgebend für die Festigkeit der Beziehungen von Person und Sache sind daher die Interessen, die die Person mit der Sache verbinden und die ihr nach allgemeiner Lebensauffassung den ungehinderten Gebrauch der Sache gewährleisten. Ob diese Einfügung der Sache in die Interessensphäre der Person kurz oder lang währt, kann

Gruch.Beitr. NF. 10, 1933, S. 138 und die „Entgegnung" darauf von Schmelzeisen in ArchzivPr. 138 (1934) S. 220; ferner Heck Sachenrecht § 5 Z. 7 u. 8, sowie die Beispiele daselbst § 6 Ziff. 6a und b. Auch Müller-Erzbach hat in seiner Abhandlung „Relativität. . ." in Jher.J. 59 (1912) S. 359 ff. den Besitzbegriff als Beispiel für die Relativität der gesetzlichen Begriffsbildung herangezogen. Handel kommt auf S. 36 und 61 gleichfalls zu verschiedenen Begriffsbestimmungen, je nachdem ob es sich um den Besitz im Sinne der Rechtsscheinlage oder um Besitz im Hinblick auf den Rechtsschutz handelt.

148 vgl. dazu ausführlich Burckhardt a.a.O. S. 113.

daher keine Rolle spielen. Heck[149] weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, daß es hier an jeder Zeitbestimmung fehle und wirft die Frage auf, wie lange denn die schutzwürdige Dauer eigentlich sein müsse. Das Gesetz hat keine Anhaltspunkte gegeben und auch im Auslegungswege läßt sich wohl nichts erreichen. Die Formel „längere oder kürzere Dauer"[150] für das Bestehen eines Besitzverhältnisses ist vollständig farblos und versagt gerade in den Fällen, in denen sich ihre Daseinsberechtigung in der praktischen Rechtsanwendung erweisen könnte, in den hier behandelten Fällen des Kurzbesitzes. Die Frage nach der Dauer des Besitzverhältnisses ist daher allein die Frage nach der Schutzwürdigkeit[151].

Auf das bisher so viel betonte Zeitmoment kann es deshalb nicht ankommen, die den Kurzbesitzfällen eigene nur kurze Lebensdauer steht der Annahme eines Besitzverhältnisses nicht entgegen. Die Unterstellung solcher kurzfristiger Inhabungen unter das Besitzrecht widerspricht auch nicht den Interessen der sozialen Gemeinschaft. Diese sind dahin gerichtet zu wissen, ob eine Sache sich in einer individuellen Interessensphäre befindet und damit Beachtung ihrer Kontinuitätslage verlangt, oder ob sie in einem interesselosen Raum liegt und mithin der wirtschaftlichen Anteilnahme jedes Einzelnen aus der Gemeinschaft offensteht[152]. Dieses Sozialinteresse ist auch bei den kurzfristigen Innehabungen hinreichend gewahrt, denn es genügt für die Ausschaltung des Nutzbegehrens der Allgemeinheit die regelmäßig auch nach außen hin erkennbare Tatsache, daß die Sache sich überhaupt in irgend einer Interessenverstrickung befindet[153]. So würde sich niemand in einem Gasthof auf einen Stuhl setzen, von dem er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß dort ein anderer bereits Platz genommen hat. Es ist daher zwar richtig, wenn Wolff ausführt[154], die Publizität des Besitzes sei selten eine Publizität auf den ersten Blick; nur daß überhaupt eine Sachherrschaft bestehe, sei meist sogleich ersichtlich, aber nicht, wem sie zustehe. Es wäre aber verfehlt, wenn er hieraus ein Argument gegen die Annahme kurzfristiger Sachherrschaft ableiten wollte, wie das der Zusammenhang der zitierten Stelle vermuten läßt. Es muß demgegenüber festgestellt werden, daß das Sozialinteresse hinsichtlich der Schutzfunktion garnicht weiter reicht als die Erkennbarkeit, daß überhaupt eine Interessenverstrickung besteht.

2. Die Unrichtigkeit der „Vertragstheorie".

Eine weitere wichtige Folge aus der Feststellung der Kontinuitätsinteressen ergibt sich für die Besitzschutzfunktion dahin,

---

149 Heck, Sachenrecht § 6 Ziff. 5; ebenso Zieschank S. 13 ff.
150 s. oben S. 29 Melle und die daselbst Zitierten.
151 Ähnlich bereits Rotering in ArchbürgR. 27 (1906) S. 74.
152 vgl. dazu Schmelzeisen a.a.O. S. 130.
153 vgl. ausführlich darüber Eberhard, Meckl. Zeitschr. 1935 Heft 6 Sp. 211 und Schmelzeisen a.a.O. S. 132.
154 Wolff, Sachenrecht § 5 III, 2; auch Planck, Sachenrecht § 854 Anm. 2; Strohal, Jher.J. 38/61 und Rosenberg Sachenrecht § 854 I, 1e.

daß es auf die Entgeltlichkeit der Sachüberlassung oder auf das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses überhaupt, wie es in der Literatur mehrfach gefordert wird[155], nicht ankommen kann. Das Kontinuitätsinteresse an dem „Behalten" braucht nicht deshalb stärker zu sein, weil eine Gegenleistung für die Sachüberlassung gegeben wurde. Leihe ich z. B. meinem Freunde, der auf dem Eise eingebrochen ist, meinen Mantel, damit er sich auf dem Wege nach Hause nicht erkältet, so hat er an dem Behalten desselben ein gleich starkes Interesse, wie wenn er sich von dem Inhaber der Eisbahn gegen ein Trinkgeld einen alten Mantel hätte geben lassen[156]. Gleichwohl kann in der Tatsache der Entgeltlichkeit ein Indiz für das Vorliegen einer verstärkten Kontinuitätsbegründung für die Dauer des Vertrages gesehen werden. — Aber auch ein Vertrag selbst ist nicht unbedingt erforderlich, um das Vorhandensein einer schutzwürdigen Bereitschaftslage zu bejahen. Jemand ergreift einen fremden Gegenstand, um sich damit zu verteidigen; ein Fotograf will seinen Kollegen von der Mauer eines alten Stadtbrunnens verdrängen, wo dieser sich aufgestellt hatte, um ein besonderes Ereignis auf der Straße aufnehmen zu können; ein Operateur des Reichsparteitagsfilms will ein besonders wirkungsvolles Bild des Zuges von einem ganz bestimmten Blickpunkt aufnehmen und stellt seinen Apparat in dem Vorgarten eines Hauses auf; ein Nachrichtenwagen der Wehrmacht fährt während einer Übung auf einem Grundstück auf, um die Verbindung zur Befehlsstelle aufzunehmen. In all diesen Fällen ist kein Vertrag mit dem Besitzer der Sache geschlossen, und doch kann man nicht sagen, daß es diesem oder einem Dritten gestattet wäre, die für die Dauer der Inhabung begründete Beständigkeitserwartung eigenmächtig zu zerstören. Dabei macht es keinen Unterschied, daß in den beiden letzten Fällen vielleicht Gemeinschaftsinteressen mitspielen, die auch dem Besitzer eine Veränderung der Lage verbieten. Diese höherwertigen Interessen begründen vielmehr erst recht eine verstärkte Kontinuitätserwartung des Inhabers, die sich auch gegen den Besitzer richtet. Es kann daher für die Begründung von Kurzbesitz auf das Bestehen eines Vertragsverhältnisses nicht ankommen, sondern nur auf das Vorhandensein schutzwürdiger Kontinuitätsinteressen. Ist es nicht schließlich auch dieselbe Sachlage, wenn ein Straßenpassant, der vor einer öffentlichen Fernsprechstelle auf das Freiwerden der Zelle wartet, einen später kommenden Benutzer zurückdrängt, als dieser vor ihm den Apparat benutzen will? Ist es nicht gerade die Eigenart des Platzbesitzes, daß dieser sich weniger auf eine bestimmte Sache als auf den Platz erstreckt, an dem diese sich ihrer Bestimmung gemäß befindet?

Das Ergebnis dieser Untersuchung kann sonach dahin zusammengefaßt werden: Hinsichtlich der Besitzschutzfunktion ist das Zeitmo-

155 s. oben S. 14 (Jhering), S. 17 (Rhode) und S. 25 (Last).

156 Dies ist zwar ein freiwilliges Entgelt, wird aber immerhin in dem Bewußtsein gegeben, eine Gegenleistung für die Sachhingabe zu machen, auf deren Überlassung kein anderweitig begründeter Anspruch besteht.

ment belanglos. Auch auf die Entgeltlichkeit der Hingabe oder das Vorliegen eines Vertrages überhaupt kommt es nicht an, maßgebend ist in dieser Beziehung allein die Schutzwürdigkeit der Interessenlage. Vom Standpunkte des Besitzschutzes aus (der für einen etwaigen Kurzbesitz wichtigsten Besitzfunktion) läßt sich sonach sagen, daß der Einordnung des Kurzbesitzes unter den Besitzbegriff nichts im Wege steht. Insoweit wäre also ein zumindest relativer Kurzbesitz zu bejahen[157].

3. Die Schutzmöglichkeiten.

Das Gesetz hat verschiedene Mittel und Wege an die Hand gegeben, den Besitz zu schützen. § 859 gibt dem Besitzer ein auf der Stelle wirksames Selbsthilferecht gegen widerrechtliche Besitzstörungen oder -entziehungen. Er kann sich mit unmittelbarer Gewaltanwendung sowohl eines Angriffes auf sein Besitztum erwehren, als auch dem auf frischer Tat ertappten Täter seine Sache wieder abjagen. Die gleichen Rechte hat gemäß § 860 der Besitzdiener für die ihm anvertrauten Sachen seines Besitzherrn. Nach § 867 hat der Besitzer ein Verfolgungsrecht für den Fall, daß die Sache auf ein fremdes Grundstück geraten ist. Andere Bestimmungen geben ihm klagbare Ansprüche auf die Erhaltung oder Wiedererlangung seines Besitzes. § 861 gewährt dem Besitzer eine Klage auf Wiedereinräumung des früheren Besitzstandes gegen den Entzieher, während er nach § 862 gegen den bloßen Störer einen Beseitigungs- und gegebenenfalls sogar einen Unterlassungsanspruch hat. In den §§ 986, 994 bis 1003 hat der Besitzer eine ganze Anzahl von Einreden, Verwendungsansprüchen und Zurückbehaltungsrechten gegenüber dem Eigentümer der Sache. Endlich kann er bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen gegen den Entzieher aus § 812 und § 823 klagen[158]. — Nun hat der Kurzbesitz, wie schon sein Name besagt, eine zeitlich nur sehr beschränkte Lebensdauer; mit Ablauf der Zeit, für welche er begründet werden sollte, entschwindet zumeist auch das Interesse, ihn zu behalten oder zu verteidigen. Wollte der Kurzbesitzer gegenüber einer Störung oder einem Angriff daher erst den Klageweg beschreiten, so wäre der Rechtsstreit längst von den Tatsachen überholt, ehe er begonnen hätte. Dem Kurzbesitzer ist daher nur mit einem sofort wirksamen Schutz gedient, wie ihn der § 859 in geeigneter Form zur Verfügung stellt. Weiter wird es kaum jemals praktisch werden, daß der Kurzbesitzer gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers ein Recht zum Besitze geltend macht, daß er während der Zeit der Inhabung Verwendungen auf die Sache macht und dadurch Ansprüche und Zurückbehaltungsrechte gegen den Eigentümer erlangt. Auch hier liegt die Ursache nur in der auf kurze Zeit begründeten Inhabung, die Ihering vielleicht meint, wenn er bei der momentanen Detention von der „sofortigen

[157] Auch Heck, Sachenrecht § 6 Ziff. 5 nimmt in diesen Fällen Besitz an.
[158] vgl. oben Anm. 9 und 10.

Konsumtion unter Anwesenden" spricht[159]. Es zeigt sich also, daß der Besitzschutz für den Kurzbesitz praktisch insofern eine große Rolle spielt, als es sich um die Selbsthilfe handelt, während die Besitzklagen seiner Eigenart nicht angepaßt sind.

II. Die Zeichenfunktion beim Kurzbesitz.

1. Die Ausdruckslage des Kurzbesitzes.

Da das Gesetz noch weitere Wirkungen an den Besitz angeschlossen hat, ist zu prüfen, wie sich ein solcher Kurzbesitz gegenüber diesen Funktionen verhalten würde. Als bedeutsamste Besitzeigenschaft nächst dem Besitzschutz steht die Zeichenfunktion in Frage. Ein Unterfall derselben ist die Ausdrucksfunktion. Es handelt sich dabei, wie erinnerlich, um die Rechtsfolgen, die das Gesetz an die Besitzänderung im Hinblick auf die Eigentumsänderung geknüpft hat. Die Ursache für die Verwendung des Besitzes lag in seinem Erkenntniswert. Soweit hier die Eigentumsübertragung durch unmittelbare Besitzübergabe in Betracht kommt (§ 929 S. 1), ist der Kurzbesitz genau so zu behandeln wie der Besitz des Besitzmittlers nach § 868. Denn beide Interessenverbindungen haben das gemeinsame Merkmal, daß die Innehabung nur auf Zeit berechnet ist, die des Besitzvermittlers auf Grund des ihn mit seinem Oberbesitzer verbindenden „Rechtsverhältnisses", und die des kurzfristigen Inhabers wegen seiner in der Natur seiner Inhabung liegenden vorübergehenden Interessenverbindung, die auf verschiedenen Gründen beruhen kann. Für eine Eigentumsübergabe ist demnach nach dem Willen der Parteien kein Raum. Gleichwohl wird niemand daran zweifeln, den Besitzmittler in dieser Hinsicht als Besitzer anzusehen. Insoweit kommt auch der Kurzbesitz für die Eigentumsübergabe nicht in Betracht, ohne daß dieses seiner etwaigen Besitzeigenschaft im Sinne der Ausdrucksfunktion Abbruch täte.

Erst in den Fällen der Ersatzübergabe nach den §§ 929 S. 2 und 931 können sich etwa vorhandene Mängel in dieser Richtung erweisen. Die Sachlage ist dabei die, daß die dem Inhaber zunächst zum Kurzbesitz zustehende Sache diesem während seiner Innehabung zu Eigentum übertragen werden soll. Die Frage ist dahin zu stellen, ob der Kurzbesitz den Anforderungen des Übergabeersatzes genügt. Kohler hat diese Frage bereits in seiner Abhandlung „Vertrag und Übergabe"[160] zutreffend bejaht. Im Anschluß an die Feststellung, daß auch die Innehabung des Besitzdieners die stoffliche Grundlage zum Eigentumserwerb durch Besitzkonstitut bieten könne, sagt er ganz richtig, daß man noch weiter gehen müsse: eine kurzhändige Uebertragung und ein Konstitut seien möglich kraft einer jeden Beziehung zur Sache, welche die praktische Unterlage des Besitzes bilden könne. Das wäre selbst dann der Fall, wenn diese

[159] vgl. oben S. 14.
[160] Kohler in ArchbürgR. Bd. 18 (1900) S. 1 ff. (82).

Beziehung nicht so innig sei, daß sie zum Verhältnis des Besitzgehilfen genüge. Kohler geht so weit, daß er, obwohl er in den von ihm angeführten Beispielen Besitzdienerschaft verneint, diese Fälle für eine kurzhändige Übertragung ausreichen läßt. Diesen Ausführungen Kohlers ist, soweit sie die Fähigkeit kurzfristiger Innehabungen zur Eigentumsübertragung durch Ersatzübergabe betreffen, nichts hinzuzufügen. Das Gesagte muß auch für den Fall der Anspruchsabtretung des § 931 gelten, wenn ein Dritter, das heißt also der Kurzbesitzer, „im Besitz der Sache" (931) ist. Der Kurzbesitz kann sonach auch die geeignete Grundlage für den Eigentumserwerb durch Ersatzübergabe bilden, er ist insoweit auch als Besitz im Sinne der Ausdrucksfunktion anzusehen[161].

2. Der Erkenntniswert des Kurzbesitzes.

Als zweiten Unterfall der Zeichenfunktion haben wir die Rechtsscheinwirkung bezeichnet. Es fragt sich nun, ob der Kurzbesitz sich auch gegenüber dieser Besitzfunktion bewähren wird. Auszugehen ist von dem Fall, daß der Kurzbesitzer die Sache nicht nach Ablauf seiner Inhabung zurückgibt, sondern an einen Dritten veräußert. Kann in diesem Falle der Dritte Eigentum an der Sache erwerben? Bei der Regelung des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten hatte bekanntlich das Gesetz die Wahl, sich für die Rechtssicherheit (Schutz des Eigentümers) oder für die Verkehrssicherheit (Schutz des Erwerbers) zu entscheiden. Es hat dem letzteren Interesse grundsätzlich den Vorzug gegeben, in dem es den Besitz zur Erkenntnisquelle für das Eigentum und die anderen dinglichen Rechte an beweglichen Sachen erhob. Damit bekleidete es den Besitz mit einer Rechtsscheinwirkung, die sich auf den gutgläubigen Erwerber im Sinne einer Eigentumsvermutung auswirkt. Welche Anforderungen müssen nun an diesen Rechtsschein gestellt werden, damit er den ihm vom Gesetzgeber übertragenen Aufgaben gerecht wird?

Das Gesetz hat die Rechtsscheinwirkung der Besitzlage nach zwei Richtungen hin begrenzt. Durch die Aufnahme der Gutglaubensklausel in den §§ 932—934 hat es bestimmt, daß das durch die Ausdruckslage des Besitzes vermittelte Rechtsbild zu Gunsten des Erwerbers so lange als richtig und vollständig gilt, bis dieser infolge eigener besserer Einsicht die Unrichtigkeit erkennt und damit die Rechtsscheinwirkung entfällt. Die Rechtsscheinwirkung der Besitzlage bietet sonach keine absolute Erkenntnisquelle für die Verfügungsberechtigung des Veräußerers, sondern besteht nur so lange zu Recht, bis sie durch andere stärkere Umstände in dem Erwerber vernichtet wird. Damit kann es gegebenenfalls erforderlich werden, auch den Tatsachen der Vergangenheit, die für das Vorliegen der

[161] Zu den von Kohler angeführten Beispielen vgl. auch Pininski a.a.O. S. 111.

Verfügungsberechtigung maßgebend sein können, nachzuforschen[162]. Das folgt daraus, daß nach § 932 II, der eine Definition des guten Glaubens gibt, auch die grobe Fahrlässigkeit bösgläubig macht. — Eine weitere Begrenzung erfährt die Rechtsscheinwirkung durch die von den §§ 932–934 für die einzelnen Ersatzübergaben getroffenen Einschränkungen[163]. Für den Normalfall der Übergabe nach § 929 S. 1 gilt die Rechtsscheinwirkung, abgesehen von der Ausnahme des § 935, unbeschränkt (§ 932 I, 1). Im Falle der Übergabe kurzer Hand gemäß § 929 S. 2 besteht die Rechtsscheinwirkung jedoch nur, soweit der gutgläubige Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte. Mit der Aufnahme dieser Einschränkung in § 932 I, 2 geht das Gesetz davon aus, daß der Erwerber nur dann Grund zum Vertrauen auf die Verfügungsberechtigung hat, wenn er auch tatsächlich den Veräußerer als den Sachbeherrscher erkennen konnte. Gleiches muß daher über den Wortlaut des Gesetzes hinaus gelten für den Fall, daß der Erwerber den Besitz zwar nicht unmittelbar vom Veräußerer, wohl aber auf dessen Geheiß von einem Dritten erhalten hat. Eine wichtige Einschränkung erfährt weiter die Übereignung mit Besitzvorbehalt. Das Besitzkonstitut allein genügt nach § 932 nicht zum Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten. Erst wenn dem Erwerber die Sache vom Veräußerer übergeben wird und er noch zu diesem Zeitpunkt im guten Glauben ist, erwirbt er das Eigentum daran. Die Berechtigung dieser Zurücksetzung des Konstituts aus dem Grundgedanken des Gesetzes heraus wird bestritten[164]; soviel läßt sich jedoch daraus entnehmen, daß auch hier der Gesetzgeber den gutgläubigen Erwerber nur dann schützt, wenn er gerade an den Besitz des Veräußerers glaubt[165]. Auch die Übereignung durch Anspruchsabtretung wird durch § 934 nach zwei Seiten hin für den gutgläubigen Erwerber beschränkt. Ist der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache, so geht schon nach den Besitzregeln mit der Anspruchsabtretung der mittelbare Besitz auf den Erwerber über und damit auch das Eigentum, wenn er noch gutgläubig ist. Der mittelbare Besitz des Veräußerers genügt sonach als Vertrauensgrundlage. Befindet sich dagegen die Sache im Besitz eines Dritten, ohne daß der Veräußerer auch nur mittelbaren Besitz daran hat, so fehlt es an jeder Vertrauensgrundlage für den Erwerber, daß gerade der Veräußerer der Berechtigte sei. Diese ist vielmehr erst dann gegeben, wenn er den Besitz vom Dritten erhält (§ 934 Halbs. 2) und er zu dieser Zeit noch in gutem Glauben ist. Man kann also sagen, daß die Rechtsscheinwirkung der Besitzlage nur dann gesetzlich anerkannt wird, wenn die Besitzlage gerade den Veräußerer als den Berechtigten legitimiert oder aber der Ver-

162 Auf die Notwendigkeit historischer Tatsachenforschung hat auch Heck, Sachenrecht § 6 Ziff. 2c und § 10, 2a hingewiesen.

163 vgl. zum folgenden Wolff, Sachenrecht § 69 II, 2 und Heck, Sachenrecht § 59: Die beglaubigende Besitzlage.

164 vgl. mit überzeugenden Gründen Heck a.a.O. S. 250.

165 Über die zulässige Erweiterung dieses Satzes über den Wortlaut des Gesetzes hinaus, vgl. Wolff, Sachenrecht § 69 II, 2c.

äußerer dadurch dem Erwerber als Berechtigter erscheint, daß der besitzende Dritte durch tatsächliche Besitzübergabe an den Erwerber zu erkennen gibt, daß er dessen Anweisungen gehorcht und ihn damit als Verfügungsberechtigten anerkennt. Es kommt daher für die Rechtsscheinwirkung wesentlich darauf an, daß die Person des Besitzers nach außen hin erkennbar ist, während es für die anderen Funktionen genügte, wenn überhaupt eine Interessenverstrickung als solche in Erscheinung trat.

Nach weiteren Richtungen hin hat das Gesetz die Rechtsscheinwirkung nicht begrenzt. Dies gilt namentlich für die Frage, wie lange eine derartige Einfügung dauern muß, damit sie die Rechtsscheinwirkung auslöst. Es kann also in diesem Zusammenhang keine Rolle spielen, ob der Besitz bereits mehrere Stunden oder Tage bestand, oder ob er nur auf ganz kurze Zeit begründet war. Für das Auge des gutgläubigen Dritten muß die einmalige Anschauung der Verhältnisse genügen. Wenn er dann, ohne grobfahrlässig zu sein, nach der allgemeinen Lebenserfahrung annehmen kann, daß der zu erwerbende Gegenstand im Besitz seines Veräußerers steht, dann tritt die Rechtsscheinwirkung in Funktion und vermittelt ihm den gutgläubigen Erwerb der Sache. Denn das ist ja gerade der Grund, weshalb der Gesetzgeber den Besitz als Erkennungsmerkmal des Rechtes nahm, er wollte dem gutgläubigen Erwerber im Interesse schnellerer, ungehinderter Verkehrsabwicklung langwierige und zeitraubende Untersuchungen über den Bestand des Rechtes ersparen. Einer Sache läßt es sich gewöhnlich nicht ansehen, wie lange sie sich bereits im Besitz des Veräußerers befand. Deuten jedoch die äußeren Umstände darauf hin, daß der Veräußerer derselben gleichzeitig der Verfügungsberechtigte ist, so genügt zum gutgläubigen Erwerb fremden Eigentums auch die Kurzbesitzlage

III. Das Verhältnis des Kurzbesitzes zum mat. Besitzervorzug.

Der sogen. materielle Besitzervorzug gibt wenig Anhaltspunkte für die Annahme oder Ablehnung eines etwaigen Kurzbesitzes. Er ist wesentlich auf Herbeiführung einer endgültigen Ordnung der Sachenrechtsverhältnisse gerichtet. Er hat daher kaum irgendwelche Berührungspunkte mit anderen auf nur vorläufige Regelung abgestellten Interessenverbindungen. So hat es z. B. keinen Sinn, beim Unterbesitzer des § 868 die Frage aufzuwerfen, wer nach § 1007 das bessere Recht zum Besitze habe, er oder der mittelbare Besitzer oder gar irgend ein Dritter. Die Aufgabe des Unterbesitzers ist eben damit erschöpft, daß er dem Oberbesitzer vermöge eines Rechtsverhältnisses und nur auf Zeit den Besitz vermittelt. Für weitere Besitzwirkungen hinsichtlich der endgültigen Ordnung der Sachgüter bietet seine Besitzlage gar keinen Raum[166]. Das Gesagte

[166] vgl. auch Cosack, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts II, 1 S. 32, wonach ein Unterbesitzer niemals Eigenbesitzer sein kann. Andererseits ist der Eigenbesitz

gilt ebenso sehr für den Unterbesitzer wie für andere, noch vorübergehendere Interessenverbindungen, da dort die Person des Berechtigten noch augenfälliger in Erscheinung tritt als beim mittelbaren Besitz. Deshalb würde aber niemand auf den Gedanken kommen, den Besitzmittler nicht als vollen Besitzer anzusehen. Es zeigt sich also, daß diese Funktion nur unter gewissen Voraussetzungen in Erscheinung tritt, die nicht notwendig mit dem Wesen des Besitzes zusammenhängen. Entsprechendes muß auch gelten für die Besitzwirkungen, die beim Fund und der Ersitzung auftreten. Hier wie dort müssen noch gewisse äußere Voraussetzungen hinzutreten, so in § 1007 der Mangel dinglicher Rechte an der Sache, in den §§ 965 ff. 927, 937 ff. das Fehlen des Berechtigten trotz Vorliegen eines Rechtes, die den Besitz erst zu einem besseren Besitz, zu einem Fundbesitz oder Ersitzungsbesitz machen. Es ist daher nicht notwendig, daß z. B. der Besitz des Besitzschutzes dieselben Erfordernisse hat wie der des materiellen Besitzervorzugs. — Die Bestimmung des § 935 bezweckt die Sicherung des Eigentümers gegen die nachteiligen Folgen, die ihm aus der Zeichenfunktion des Besitzes erwachsen können. Die Sicherung des Eigentümers gegen Rechtsverlust wird hier abhängig gemacht von der Art des Besitzverlustes. Diese Besitzwirkung kann also grundsätzlich nur dann auftreten, wenn der Besitzer gleichzeitig auch Eigentümer ist. Nur unter dieser besonderen Voraussetzung tritt diese Sicherungsfunktion des Besitzes in Erscheinung, sie ist also nicht charakteristisch für das Wesen des Besitzes. Nur in der Bestimmung des 2. Satzes im 1. Absatz des § 935 zeigt sich vereinzelt eine Anwendungsmöglichkeit auf das Problem. Es ist dies dann der Fall, wenn dem Eigentümer der Besitz der Sache durch eine Zwischenperson vermittelt wird. Kommt dann die Sache der Zwischenperson abhanden, so soll der Eigentümer genau so gestellt sein, als wenn sie ihm abhanden gekommen wäre. Hinsichtlich der Sicherungsfunktion behandelt also das Gesetz die Fälle, in denen der Besitz auf Zeit in Händen eines Besitzmittlers ruht, und die Fälle, in denen der Besitz sich garnicht vom Eigentümer gelöst hat, gleich. Man wird deshalb sagen dürfen, daß, wenn das Gesetz bereits eine länger dauernde Einfügung der Sache in die Interessensphäre des Unterbesitzers schützt, dies erst recht gelten muß, wenn die Einfügung nur vorübergehend währt, denn in diesem Falle ist das Band zwischen Besitzer und Zwischenperson noch fester als in dem gesetzlich geregelten Fall.

IV. Kurzbesitz und Pflichtfunktion.

Der Besitz kann weiterhin, wie wir oben gesehen haben, Grundlage von Pflichten sein. Auch der Pflichtfunktion läßt sich kaum eine für das Verständnis des Kurzbesitzbegriffs geeignete Betrachtungs-

Voraussetzung für den Erwerb dinglicher Rechte durch Ersitzung, Fruchterwerb und Aneignung, vgl. dazu Leske BGB. und ALR., 1. Hälfte, Berlin 1900 S. 358.

weise abgewinnen. Sie spricht weder für die Annahme eines etwaigen Kurzbesitzes, noch steht sie seiner Bejahung in irgendeiner Weise entgegen. Befindet sich eine Sache in einer derartigen räumlichen Beziehung zu einer Person, daß dadurch die bessere Inhabungsberechtigung eines anderen ausgeschlossen wird und sind auf Seiten des anderen die gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch gegeben, so ist der den besser Berechtigten Ausschließende zur Leistung bzw. Duldung verpflichtet. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der vor dem besseren Recht des anderen Stehende dessen Verwirklichungsanspruch bereits seit langem hindert oder erst kürzlich sich ihm in den Weg gestellt hat.

V. Das grundsätzliche Ergebnis.

Die bisherige Untersuchung ging von der Erkenntnis der bürgerlich-rechtlichen Besitzbegriffs aus und hatte zum Gegenstand die Frage, wie sich der heutige Besitzbegriff zu der Annahme eines Kurzbesitzes schlechthin verhält. Die Prüfung des Kurzbesitzes im Hinblick auf die einzelnen Funktionen ergab keine einheitliche Antwort auf diese Frage. Eine solche ganzheitliche Beantwortung war aber auch nicht zu erwarten, wenn man von der hier vertretenen Ansicht der Relativität des Besitzbegriffs ausgeht. Das Ergebnis kann kurz dahin zusammengefaßt werden, daß vom Standpunkt der Schutzfunktion und der Zeichenfunktion der Annahme eines Kurzbesitzes nichts im Wege steht, vielmehr die Interessenlagen hier sogar zur Bejahung von Besitz drängen. Daß die übrigen Funktionen beim Kurzbesitz nicht ausgeprägt vorhanden sind, liegt jedoch nicht an der mangelnden Besitzeigenschaft desselben, sondern an der Eigenart der von diesen geforderten Voraussetzungen, die auch bei anderen Besitzlagen nicht stets gegeben sind.

C. Die Stellung des Kurzbesitzes im System des Besitzrechts.

I. Die Stufengliederung.

1. Die verschiedenen Einteilungsreihen.

Die Aufgabe, der wir uns nunmehr zuzuwenden haben, gilt der Einordnung des Kurzbesitzes in eine der gesetzlich festgelegten Besitzgliederungen. Das Gesetz kennt verschiedene Einteilungsreihen je nachdem, welchen Gesichtspunkt man in den Vordergrund rückt[167]. Die eine gliedert die konkreten Tatbestände nach ihrem Verhältnis zu der endgültigen Rechtsordnung. Diese unterscheidet zwischen Eigenbesitz (§ 872) und Fremdbesitz. Den Fremdbesitz kann man

[167] vgl. zum Folgenden Heck, Sachenrecht, § 5.

wiederum einteilen nach dem ihn vermittelnden Recht in Pfandbesitz, Mietbesitz, Leihbesitz usw. Die andere teilt die verschiedenen Besitzlagen nach der „Nähe zur Sache“[168] ein. Diese Nähe zur Sache bestimmt sich nicht nach rein räumlichen Gesichtspunkten (denn sonst wäre der Besitzdiener der nächste Besitzer), sondern nach der Stärke der Interessen, die die Person mit der Sache verbinden. Den Hauptbegriff dieser Gliederung bildet der unmittelbare Besitz des § 854, den das Gesetz schlechthin als „Besitz“ bezeichnet. Dieser unmittelbare Besitz vereinigt sämtliche Funktionen des Besitzbegriffs in sich. Die Einfügung einer Sache in die Interessensphäre einer Person braucht aber nicht immer unmittelbar zu sein, sondern kann auch durch Zwischenpersonen vermittelt werden. Je nachdem ob nun die Kontinuitätsinteressen auch in der Zwischenperson begründet sind oder nicht, wird auch dieser der Besitz zuerkannt oder abgesprochen. In ersterem Falle erlangt die Zwischenperson den unmittelbaren Besitz, während der bisherige Besitzer gemäß § 868 zum mittelbaren Besitzer wird. Im zweiten Fall wird durch das Hinzutreten der Zwischenperson an der bestehenden Besitzlage nichts geändert und die Zwischenperson wird nach § 855 nicht Besitzer, sondern nur Besitzdiener. Die Nebenbegriffe stellen sich somit als mittelbarer Besitz und Besitzdienerschaft dar.

2. Die Bestimmungsmerkmale der Stufengliederung.

Das Gesetz hat in den §§ 868, 855 eine Anzahl Merkmale herausgestellt, die für die Beantwortung der Frage nach der Interessenverbindung und damit nach der Art der Inhabung maßgebend sind. Danach sind die Kontinuitätsinteressen bei der Zwischenperson anzunehmen, wenn sie vermöge eines der dem § 868 entsprechenden Verhältnisse dem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Da nach dieser Bestimmung auch der andere Besitzer der Sache bleibt, müßten die Besitzfunktionen bei beiden gegeben sein. Dieses ist in der Tat der Fall, jedoch mit einer Einschränkung im Hinblick auf den Besitzschutz. Der volle Besitzschutz kann verständlicherweise nicht geteilt werden, denn sonst würde sich der eine dem anderen gegenüber darauf berufen können. Damit würden sich die Wirkungen gegenseitig aufheben. Da das größere Kontinuitätsinteresse regelmäßig bei der Zwischenperson, dem Besitzmittler liegen wird und dieser kraft seines unmittelbaren Besitzes auch zu einer wirksameren Verteidigung in der Lage ist, rechtfertigt es sich, wenn nach § 869 der mittelbare Besitzer in dieser Beziehung hinter dem unmittelbaren Besitzmittler zurücktreten muß. Die übrigen Besitzwirkungen lassen sich dagegen teilen und können bei beiden Besitzarten gegeben sein. Hinsichtlich der Zeichenfunktion z. B. ergibt sich dies aus den §§ 929 und 930,

[168] Daneben gibt es noch eine ganze Reihe anderer Einteilungsmöglichkeiten, die aber hier nicht in Betracht kommen. s. die Zusammenstellung bei Staudinger, Sachenrecht Vorbem. 6 vor § 854, Heck, Sachenrecht § 9 u. a.

wonach Eigentumserwerb sowohl vom unmittelbaren wie vom mittelbaren Besitzer möglich ist. — Nach § 855 besteht jedoch dann kein Grund zur Annahme irgendwelcher schutzwürdiger Kontinuitätsinteressen bei der Zwischenperson, wenn diese in voller Abhängigkeit von den Befehlen des Besitzers die tatsächliche Gewalt nur für diesen ausübt. Daraus folgt auch notwendigerweise die Bestimmung des § 860, der dem Besitzdiener ein gewisses Maß von Selbsthilfe zuspricht, denn die Zwischenperson muß gerade wegen ihrer starken Verpflichtung gegenüber dem Besitzer der Sache in der Lage sein, dessen Interesse für ihn zu wahren. Die zumeist augenfällige Bindung des Besitzdieners an die Person des Herrn wird auch fast ausnahmslos nicht den Anschein erwecken, als ob sie verfügungsberechtigt über die Sache wäre. Eine Zeichenfunktion kommt dieser Lage daher gleichfalls nicht zu. Entsprechendes könnte man hinsichtlich der noch übrigen Besitzfunktionen ausführen. Es bestätigt sich also in dieser gesetzlich getroffenen Stufengliederung des Besitzes der Ausgangspunkt der Untersuchung, wonach der Besitzbegriff nur aus seinen Funktionen erkannt werden kann[169]. Die von der Verschiedenheit der Interessenlage ausgehende Gliederung ergibt auch Aufschluß über die anderen Funktionen, daher rechtfertigt es sich, wenn im folgenden nur nach der Interessenlage gefragt wird.

II. Die Ungleichartigkeit des Kurzbesitztatbestandes.

1. Die zwei Gruppen.

Die größte Lebensbedeutung für den Kurzbesitz hat nach der eingangs der Untersuchung getroffenen Feststellung der Besitzschutz Da das Gesetz den Besitzschutz in den §§ 859—862, 865, 866 und 869 im Anschluß an das Stufensystem des Besitzes geregelt hat[170], muß eine nach praktischen Gesichtspunkten vorgehende Eingliederung des Kurzbesitzes nach der Stufeneinteilung vorgenommen werden. Aus der Darstellung des Kurzbesitzes im ersten Hauptteil hat sich ergeben, daß die Fälle, die gemeinhin unter Kurzbesitz oder momentaner Detention verstanden werden, keinen einheitlichen Tatbestand bilden. Eine geschlossene Eingliederung ist folglich auch nicht mit den für den Besitzbegriff geltenden Vorbehalten möglich[171]. Die

169 Daß nicht immer sämtliche Funktionen zugleich auftreten können, hängt bekanntlich von den verschiedenartigen Voraussetzungen derselben ab, z. B. beim Fund oder beim materiellen Besitzervorzug. Daß einzelne Funktionen auch einmal auseinanderfallen können und damit eine relative Begriffsbestimmung notwendig wird, zeigt der lehrreiche Fall bei Heck, Sachenrecht, § 6 Ziff. 6a, den Schmelzeisen im ArchzivPr. 136, S. 38 ff., 129 ff., noch in mehreren Abwandlungen untersucht hat.

170 vgl. Staudinger, Sachenrecht Vorbem. 6 vor § 854; Heck, Sachenrecht § 5 Ziff. 3.

171 vgl. auch Schmelzeisen, ArchzivPr. 136, 46 Anm. 19, ferner Heck Begriffsbildung. . . S. 133.

Unzahl der Kurzbesitzfälle des täglichen Lebens muß daher nach denselben Gesichtspunkten zusammengefaßt werden, nach denen die Stufengliederung ausgerichtet ist. Das maßgebende Merkmal war hierfür bekanntlich die Interessenlage. Unter den Inhabungen auf kurze Zeit kann man hiernach zwei Gruppen unterscheiden:

1. Die Fälle kurzfristiger Inhabung, in denen der Inhaber eine gewisse verselbständigte Stellung gegenüber dem Besitzer einnimmt;
2. die Fälle eigen- oder fremdnütziger Inhabung vorübergehender Natur auf der Grundlage vollkommener Abhängigkeit vom Besitzer.

Es gilt nun, für jede der zwei Gruppen die geeignete Besitzform zu finden, diejenige, die hinsichtlich ihrer Schutzgewährung den Lebenserfordernissen am besten entspricht und damit sowohl dem Einzelnen wie der Gemeinschaft gerecht zu werden bestrebt ist. Um die Tragweite dieser Einteilung praktisch zu veranschaulichen, soll dabei jeder einzelnen Gruppe eine Zusammenstellung von Beispielen vorausgestellt werden.

III. Die Einreihung in das System.

1. Der Kurzbesitz im eigentlichen Sinne.

a) Die Kontinuitätslage.

Als Beispiele der ersten Gruppe lassen sich folgende Fälle anführen: der Besucher eines öffentlichen Lokals setzt sich auf einen der für die Gäste bestimmten Stühle oder er nimmt eine der dort ausliegenden Zeitungen zur Hand; der Gast im Automatenrestaurant benutzt die zum Verzehren der Speisen erforderlichen Teller, Messer usw.; der Konzertbesucher setzt sich auf den für ihn bestimmten numerierten Platz, der Kinobesucher in einen Sessel der von ihm bezahlten Platzart; der Kurgast setzt sich während des Konzerts auf einen der am Musikpavillon stehenden Stühle; der Inhaber einer Galerietheaterkarte hat sich einen besonders günstigen Stehplatz ausgesucht; ein Pressefotograf stellt sich auf die Stufen eines Denkmals, um ein Ereignis auf der Straße aufzunehmen, der Reisende belegt mit Hut und Mantel einen Fensterplatz im Abteil oder setzt sich im Wartesaal des Bahnhofs an einen Tisch, ohne etwas zu verzehren; er leiht sich für die Reise von seinem Freund dessen Kursbuch und dessen Fernglas; der Gastgeber borgt sich bei einem ihm bekannten Wirt Stühle und Gläser für eine große Gesellschaft, die er in seinem Hause zu geben beabsichtigt; der auf dem Eis eingebrochene Schlittschuhläufer bittet sich den Mantel eines Bekannten aus; der zu Besuch auf einem Landgut weilende Gast läßt sich die Pferde des Gastgebers zu einer Spazierfahrt anspannen oder er nimmt dessen Gewehr und Patronentasche, um

auf die Jagd zu gehen; jemand ergreift die bereitliegende Waffe oder den Stock eines anderen, um sich gegen einen gefährlichen Angriff zu verteidigen; der Hotelportier an der Bahnhofssperre nimmt das Gepäck des Reisenden entgegen, um es zu seinem Hotel zu bringen; der Abonnent einer öffentlichen Bibliothek oder Lesehalle nimmt eines der dort aufgestellten Bücher oder eine der ausliegenden Zeitungen zur Hand; die Mitglieder einer Kegelgesellschaft benutzen in ihrem Klublokal die Kegelbahn des Wirts, Skatspieler die auf den Spieltischen gegen geringes Kartengeld aufliegenden Spielkarten, Tischtennis- oder Billardspieler die zu einem festen Entgelt bereitstehenden Platten und Tische. Der Filmoperateur hat einen Tribünenplatz gemietet, um von dort eine nur wenige Minuten dauernde Staatsaktion zu filmen.

Stellt man bei jedem dieser Fälle die Frage, ob der jeweilige Inhaber berechtigt sei, sich gegen einen Angriff oder gegen eine Störung seiner Innehabung von dritter Seite zu wehren, so wird man in den weitaus meisten Fällen eine bejahende Antwort erhalten[172]. Das Kontinuitätsinteresse des Einzelnen in diesen Fällen ist eben derart stark, daß daneben die an sich berechtigten Lebensinteressen der übrigen Volksgenossen garnicht in Erscheinung treten. Dabei ist es gleichgültig, ob die Kontinuitätsinteressen auf Vertrag begründet sind, ob diese Verträge entgeltlich oder unentgeltlich sind, oder ob die Einfügung in die Interessensphäre jeglicher vertraglichen Grundlage entbehrt. Dieses ergibt sich aus der Wahl und Zusammenstellung der Einzelfälle. Stellt man nun die weitere Frage: Wie verhält sich der kurzfristige Inhaber, wenn der Besitzer eigenmächtig in seine Innehabung störend oder zerstörend eingreift, so wird man auch hier durchweg die Antwort erhalten, daß der Inhaber auch das nicht ohne Grund über sich ergehen zu lassen braucht. M. a. W., der Inhaber hat dem Besitzer gegenüber eine auf Zeit berechtigende oder verpflichtende Stellung, die er im Rahmen seiner Interessensphäre sowohl dem Dritten wie auch dem Besitzer gegenüber verteidigen darf.

Vergleicht man diese Interessenslage mit dem vom Gesetz aufgestellten Werturteil, so findet man eine interessengerechte Lösung darin, daß man den Inhaber der ersten Fallgruppe in die Besitzerstellung einweist und zwar in die Stellung eines unmittelbaren Besitzers. Den Ausschlag hierfür gibt die in der Person des kurzfristigen Inhabers begründete Kontinuitätserwartung, die nicht nur gegenüber jedem Dritten, sondern auch in gewissen Grenzen gegenüber dem anderen Besitzer stand hält. Für diese Art der Innehabung wäre daher der Ausdruck „Kurzbesitz" auch rechtlich zutreffend.

---

[172] Über diese Fragestellung vgl. Heck, Sachenrecht § 6 Ziff. 1, wonach die Antwort auf die Frage nach der Wortbedeutung, ob „Besitz" vorliegt oder nicht, vielfach verschieden ausfallen wird. Dagegen würde die Antwort auf die Schutzwürdigkeit der Kontinuitätsinteressen viel öfter eine bestimmte sein.

b) Die Art der Einfügung.

Damit wäre die Frage nach der Besitzeigenschaft der ersten Fallgruppe vom Standpunkt des Besitzschutzes aus als gelöst zu betrachten. Der Besitzschutz erleidet jedoch gewisse Einschränkungen, wenn eine und dieselbe Sache im Besitz mehrerer Personen steht. Dies ist, wie die Beispiele zeigen, beim Kurzbesitz regelmäßig der Fall[173]. Je nach der Art der Interessenverknüpfung können die beiden Personen im Verhältnis des Ober- und Unterbesitzers zur Sache stehen, dann genießt der Unterbesitzer den vollen Besitzschutz; es kann aber auch sein; daß mehrere Personen derart gemeinschaftlich eine Sache besitzen, daß sie auf derselben Besitzstufe stehen. In diesem Falle erfordert die bei jedem Mitbesitzer vorhandene gleichstarke Interesseneinfügung eine Begrenzung des Besitzschutzes, da sonst der eine sich gegen die berechtigten Nutzungsinteressen des anderen wenden könnte. Die Verschiedenartigkeit der Behandlung des Besitzschutzes bei Vorliegen mehrerer Interesseneinfügungen macht daher eine nähere Abgrenzung der einzelnen Fälle notwendig. — Dabei muß aus den erwähnten Gründen auf einen Sonderfall der Stufengliederung eingegangen werden, den Allein- und Mitbesitz.

c) Die beiden Möglichkeiten und ihre praktische Auswirkung.

aa) Besitzvermittelnder Unterbesitz.

Die Merkmale der Besitzmittlerschaft sind nach § 868 der Besitz des Mittlers selbst und eine Lebensbeziehung gewisser Art zwischen Mittelsperson und Oberbesitzer, die so geartet sein muß, daß der Mittler diesem gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Die näheren Einzelheiten dieser Lebensbeziehung sind stark umstritten[174], sollen jedoch nicht weiter untersucht werden, da es hier nicht darauf ankommt. Man wird daher folgendes sagen können:

> Nimmt der kurzfristige Inhaber einer Sache gegenüber dem Besitzer derselben kraft einer der dem § 868 ähnlichen Lebensbeziehungen eine derart verselbständigte Stellung ein, daß er nach der Stärke seiner Kontinuitätsinteressen dem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so findet § 868 unmittelbare oder entsprechende Anwendung. Der Inhaber wird zum unmittelbaren Unterbesitzer und verdrängt den Besitzer in eine mittelbare Besitzerstellung[175].

---

173 Doch ist dies keine notwendige Voraussetzung des Kurzbesitzes, wie das Beispiel bei Rotering ArchbürgR. 27/74 zeigt, wo jemand einen Ast ergreift, um sich gegen einen Überfall zu verteidigen.

174 vgl. dazu Staudinger Anm. 15 zu § 868 und andere.

175 vgl. auch das von Heck Sachenrecht § 8 Ziff. 6 a. E. Gesagte.

Vergegenwärtigt man sich einmal die Auswirkungen der hier vorgeschlagenen Regelung an den Beispielen der ersten Fallgruppe, so wird sich zeigen, daß man so zu einem billigen und interessengerechten Ergebnis kommt. Als Beispiel der ersten Untergruppe, an dem dies besonders klar hervortritt, soll der Fall des Lesehallenbesuchers dienen. In vielen Städten, insbesondere in Kurorten, gibt es öffentliche Lesehallen, die jeder benutzen kann. In einer solchen Lesehalle hat jemand seine dort aushängende Heimatzeitung zur Hand genommen. Plötzlich kommt ein anderer hinzu, der sich ebenfalls für das Blatt interessiert und versucht es ihm wegzunehmen. Jeder vernünftige Mensch wird sagen, daß er sich gegen diesen Eingriff wehren darf: Fall des § 868, der Besitzmittler als unmittelbarer Besitzer macht vom Recht des § 859 Gebrauch. Will nun statt des Dritten eine der Aufsichtspersonen selbst dem Besucher die Zeitung ohne triftigen Grund wegnehmen, so braucht er sich auch dieses nicht gefallen zu lassen. Denn durch die Einrichtung der Lesehalle hat ja der Veranstalter zu erkennen gegeben, daß er die darin ausliegenden Schriften dem Publikum zur Verfügung stellt, selbstverständlich unter Einhaltung der notwendigen Benutzungsordnung. Daher könnte der Besucher keinen Einspruch gegen die zeitweilige Wegnahme erheben, wenn diese nur geschieht, um die soeben eingetroffene neueste Nummer in den Halter des Blattes einzuheften, wohl aber, wenn die Wegnahme grundlos erfolgt. Dieses Recht findet wiederum seine Stütze in § 868: der unmittelbare Besitzer, der dem mittelbaren Besitzer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt ist, wehrt sich gegen einen vorzeitigen Eingriff desselben in seine Besitzlage. Erst nach Ablauf der bestimmungsgemäßen, d. h. lebensüblichen Benutzungszeit erstarkt das Recht des mittelbaren Besitzers wieder zum unmittelbaren Alleinbesitz. Nimmt man nun noch an, daß der Dritte versuchte, das Blatt heimlich oder mit Gewalt aus dem Raum zu entfernen, dann haben beide, unmittelbarer wie mittelbarer Besitzer — letzterer mit der Einschränkung des § 869 — das Recht des Besitzschutzes. Und wenn der Benutzer eine Zeitung unterschlägt und weiterveräußert, so ist der gutgläubige Eigentumserwerb — unbehindert durch § 935 — nicht weniger gerechtfertigt als in den übrigen Fällen, in denen der Berechtigte die Sachen einem anderen anvertraut hatte. — Eine derartige Regelung der Interessenlage wird sich wohl überall in den andern angeführten und ähnlichen Fällen ergeben, wenn man bei der Gesetzesanwendung von dem obigem Maßstab ausgeht.

bb) Teilmitbesitz.

Der Mitbesitz des § 866 kennzeichnet sich durch den gemeinschaftlichen Besitz mehrerer Personen an ein und derselben Sache[176]. Dabei braucht jedoch nicht jeder die Sache ganz zu beherrschen, der Gedanke des § 865 gilt auch für den Mitbesitz. Es ist daher mög-

[176] vgl. Wolff, Sachenrecht § 9.

lich, daß der eine nur einen Teil der Sache besitzt, während der andere die ganze Sache und damit auch diesen Teil beherrscht. Man könnte hier von einem „Teilmitbesitz“[177] des einen sprechen. Gemäß § 866 findet sodann im Verhältnis des Teilmitbesitzers zum Mitbesitzer der ganzen Sache ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des dem einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt. Man kann daher folgenden Satz aufstellen:

> Steht der kurzfristige Inhaber einer Sache zu dem Mitinhaber derselben in einem derart selbständigen Verhältnis, daß seine Kontinuitätsinteressen in Ansehung des Besitzschutzes nur durch die Grenzen des ihm zustehenden Gebrauchs beschränkt werden, dann findet im Verhältnis zum Besitzer § 866 Anwendung. Nach außen hin hat jeder die vollen Rechte seiner jeweiligen Besitzstufe.

Die typische Erscheinung dieses Teilmitbesitzes ist der sogen. Platzbesitz[178]. Um die praktischen Folgen dieser Einordnung der zweiten Untergruppe zu zeigen, nehmen wir als Beispiel den Gast in der Wirtschaft. Der Wirt hat normalerweise Besitz an sämtlichen in seinem Lokal befindlichen Gegenständen, soweit sie seiner Herrschaftssphäre unterliegen. Dazu gehört auch der Stuhl, den der Gast benutzt. Aber auch der Gast hat Besitz an dem Stuhl, den er durch irgendwie äußerlich erkennbare Handlungen wie Daraufsetzen, Belegen mit Mantel oder Aktentasche oder durch das vielfach übliche Anlehnen des Stuhles an die Tischkante in seine Herrschaftssphäre eingefügt hat. Das äußert sich, sobald ein anderer Gast versucht, den Erstgenannten aus seiner Beziehung zu dem einmal gewählten Sitzplatz zu verdrängen, sei es, weil er in dem überfüllten Lokal keinen anderen Platz gefunden hat, oder weil er gerade diesen Tisch besonders bevorzugt. Jedermann wird dem Gast das Recht der Verteidigung seines Platzes zugestehen, und zwar nicht ein aus dem Besitzrecht des Wirtes abgeleitetes, sondern ein selbständiges Recht: Fall des § 865 in Verbindung mit § 859. Auch der Wirt dürfte richtiger Ansicht nach den bestimmungsgemäßen Besitz des Gastes an seinem Sitzplatz nicht beeinträchtigen[179]. Es ist allgemein anerkannt und ergibt sich auch aus dem Inhalt des Gastschaftsvertrages, daß der Gast auch dem Wirt gegenüber ein Recht darauf hat, seinen Platz solange innezuhaben, als er nach der Verkehrsauffassung dazu braucht, um die bestellten Speisen und Getränke zu verzehren. Benimmt der Gast sich jedoch ungebührlich, so handelt er über die Grenzen des ihm zustehenden Gebrauchs hinaus und der Besitzschutz des Wirtes tritt wieder in Kraft. Nur für die Dauer des bestimmungsgemäßen Gebrauchs und nur im

---

[177] Zieschank S. 13. vgl. auch das Beispiel bei Heck, Sachenrecht § 15 Ziff. 5a.

[178] vgl. dazu Zieschank a.a.O. S. 13; Heck, Sachenrecht § 6 Ziff. 7 und § 18 VI.

[179] vgl. dazu Maechtig S. 14; Zieschank a.a.O. S. 13; ferner Brückner in Recht 1907, Sp. 1106, (1114); Heck, Sachenrecht § 6 Z. 7 und § 18 VI. — Ähnlich bereits Jhering, Besitzwille S. 514.

Rahmen ortsüblichen Verhaltens ist daher ein Angriffsrecht des Wirtes dem Gast gegenüber ausgeschlossen. Die Grenzen des dem Gast nach § 866 zustehenden Gebrauchs bestimmen daher auch das Maß der Zeit, die Dauer seines Besitzes. Verweilt er über diese Grenzen hinaus im Lokal, z. B. bis über die Polizeistunde, so kann er sich gemäß § 866 nicht mehr auf den Besitzschutz berufen.

Es zeigt sich somit, daß die Eingliederung dieser Untergruppe unter § 866 zu einem gerechten und billigen Ergebnis führt. Dennoch wird es gelegentlich Schwierigkeiten bereiten, innerhalb der ersten Fallgruppe einen klaren Trennungsstrich nach den hier herausgestellten Gesichtspunkten zu ziehen, da die Grenzen zwischen beiden Untergruppen vielfach flüssig sind und ineinander übergehen. Die letzte Entscheidung läßt sich daher nur nach der Lage des Einzelfalles treffen.

2. Die kurzfristige Weisungsinhabung.

a) Die fremdnützige Inhabung.

Die zweite Fallgruppe hat gemeinsam das Merkmal der Abhängigkeit vom Besitzer. Der Inhaber ist an dessen Weisungen gebunden. Sie scheidet sich aber in zwei Untergruppen je nach der Zugehörigkeit der Interessenwahrung des Inhabers. Das eine Mal nimmt dieser nur fremde Interessen in fremder Abhängigkeit wahr, während ihn im anderen Falle trotz dieses Abhängigkeitsverhältnisses eigene Interessen mit der Sache verbinden.

Zu der ersten Untergruppe fremdnütziger Inhaber kann man daher folgende Fälle rechnen: den Dienstmann, der dem Reisenden das Handgepäck ins Abteil trägt, den Bergführer, der Ausrüstungsstücke des Touristen trägt, den Handwerker, der den Schlüssel zu einem leerstehenden Hause hat, um dort einen reparaturbedürftigen Gegenstand abzuholen, den Stadtkoch, der zur Anrichtung der von ihm mitgebrachten Speisen die Küchengeräte des Gastgebers benutzt, den Diener, der im Hausflur den Gästen aus dem Mantel hilft, um die Kleidungsstücke in der Garderobe des Hausherrn abzulegen, den Gastwirt, der für die Sachen der Gäste eine besondere Garderobe aufgestellt hat; ferner den Spaziergänger, der die seinem Vordermann entfallene Brieftasche aufhebt, um sie ihm zu bringen, den Fußgänger, der ein durchgegangenes Pferd aufhält, um es dem gestürzten Reiter wieder zu übergeben, den Herrn, der den Mantel seiner Begleiterin auf dem Arm trägt.

aa) Die Interessenlage.

Fragt man hier nach der Interessenlage, so ergibt sich folgendes Bild: Der vorübergehende Inhaber der eben geschilderten Art

kann nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht erwarten, daß er gegenüber dem Besitzer in seiner Inhabung geschützt wird, er ist von diesem solchermaßen abhängig, daß es dem Besitzer jeder Zeit gestattet sein muß, die Sache wieder an sich zu nehmen. Irgend eine gefestigte Beständigkeitserwartung gegenüber diesem steht dem Inhaber daher nicht zu. Andererseits ist aber die Notwendigkeit nicht zu verkennen, daß der kurzfristige „Gehilfe" des Besitzers — unabhängig von dem Bestehen eines Vertragsverhältnisses, wie die Beispiele zeigen — berechtigt sein muß, auf Grund der bloßen Treupflicht gegenüber dem Besitzer dessen Interessen gegen Angriffe von außen her zu wahren. Das Ergebnis wäre unbefriedigend, wollte man der mehrfach vertretenen Ansicht folgen, daß die oben genannten Personen nur in einem rein räumlichen Verhältnis zu Sache stehen, daß der Besitzer selbst in der Lage wäre, den Schutz seiner Sachen zu übernehmen, da er sich meist in derart unmittelbarer Nähe zu seiner Sache befinde, sodaß er sie jederzeit wieder an sich nehmen und auch verteidigen könne[180]. Sollte der Gepäckträger es dem neben ihm gehenden Reisenden allein überlassen, einen Angriff auf seinen vielleicht wertvollen Koffer abzuwehren? Und sollte der Herr, der den Mantel seiner Begleiterin trägt, es untätig über sich ergehen lassen, daß ihm dieser entrissen wird, und die Verteidigung oder Verfolgung der Dame überlassen? Und sollte es einen Unterschied machen, wenn der Gepäckträger mit den schweren Koffern einen Notweg über die Geleise benutzt, während der Reisende durch die Unterführung geht? Gesundem Volksempfinden entspricht es doch vielmehr, daß der „Gehilfe" sich in all diesen Fällen an der Verteidigung der Besitzlage beteiligt. Nur fragt es sich, auf welcher Rechtsgrundlage ihm ein solches Recht erwächst.

Man könnte da zunächst an die allgemeinen Bestimmungen der §§ 227 ff. denken. Diese Rechte hat zweifelsohne der Anspruchsberechtigte selbst, der Besitzer, in vollem Umfange. Abgesehen von den besonderen Voraussetzungen dieser Bestimmungen ist es aber nicht unbedenklich, daß auch ein anderer, insbesondere ein unbeauftragter Geschäftsführer, diese Rechte ausüben darf[181]. Eine zweckentsprechendere Regelung würde dagegen das Besitzrecht selbst in der Person des Besitzdieners bieten. Was den Besitzdiener aus der Reihe rein räumlicher Beziehungen von Personen zu Sachen heraushebt, ist die Verteidigungsvollmacht des § 860: er darf die ihm anvertrauten Sachen verteidigen, nicht, wie dritte Personen dies tun dürfen, sondern wie der Besitzer selbst, nur gegen den Besitzer selbst genießt er keinen Schutz[182]. Einer wirklichkeitsnahen Lebensauffassung würde es daher entsprechen, daß man die obigen Fälle unter die Regeln der Besitzdienerschaft stellt.

---

[180] So Wendt in ArchzivPr. 87/40 (67) und jüngst noch Eberhard in Meckl. Ztschr. 1935 Heft 6 Sp. 218.

[181] vgl. RGRK. Anm. 5 zu § 229; Oertmann, Allg. Teil § 229 Anm. II, 1c.

[182] vgl. v. Tuhr II, 2 S. 587; Wolff, Sachenrecht § 6, II.

bb) Die Gleichstellung mit der Besitzdienerschaft.

Das Gesetz kennzeichnet den Tatbestand des § 855 durch zwei Merkmale, durch die Wahrung der Interessen eines anderen und durch das Verhältnis der Abhängigkeit, wie es in den beiden Beispielen „Haushalt" und „Erwerbsgeschäft" erläutert wird, aus denen sich die Gehorsamspflicht hinsichtlich der Sache ergibt[183]. Beide Merkmale sind hier vorhanden, fremde Interessenwahrung und Abhängigkeit von dem Interessenträger. Es bleibt daher nur noch übrig, das Merkmal der Abhängigkeit, wie es dort näher erläutert wurde, abzugrenzen. Das Verhältnis des Gehilfen im Haushalt oder Erwerbsgeschäft ist, ähnlich dem römischen Recht, so gestaltet, daß er bezüglich der Sachen des Hausherrn oder Geschäftsinhabers in einem totalen Abhängigkeitsverhältnis zu diesem steht. Die im Gesetz erwähnten Beispiele: Haushalt, Erwerbsgeschäft oder diesen Lebensformen „ähnlichen Verhältnisse", sind daher keine selbständigen Tatbestandsmerkmale der Besitzdienerschaft, sondern nur Anhaltspunkte dafür, wann eine solche Abhängigkeit anzunehmen ist. Wer von einem Andern total abhängig ist, hat eben keinen Anlaß, auf die Verwendung der Sache im eigenen Interesse zu vertrauen, hat keine oder nur verschwindend geringe Kontinuitätsinteressen. Eine solche Abhängigkeit besteht aber erst recht in den Fällen der oben genannten Art. Diese Erkenntnis rechtfertigt daher unter Berücksichtigung der Interessenlage die Einordnung der ersten Untergruppe abhängiger Inhabungen unter das Institut der Besitzdienerschaft. Dazu kommt, daß, wie in allen Fällen der Besitzdienerschaft, so auch hier das Kontinuitätsinteresse des Besitzherrn es rechtfertigt, daß die vom Diener unterschlagene und weiterveräußerte Sachen als im Sinne des § 935 abhanden gekommen zu gelten hat. Zusammenfassend läßt sich deshalb sagen: die in voller Abhängigkeit vom Besitzer ausgeübte fremdnützige Inhabung unterliegt auch dann den Regeln des § 855, wenn die tatsächliche Gewalt über die Sachen nur ganz vorübergehend ausgeübt wird.

b) Die Gefälligkeitsinhabung.

Die zweite Untergruppe umfaßt nach der getroffenen Abgrenzung abhängige Inhabungen unter Verfolgung eigener Interessen, die man insofern als eigen- oder selbstnützige Inhabungen bezeichnen könnte. Dazu kann man folgende Fälle zählen: Der Privatgast bedient sich bei der Mahlzeit des Eßbestecks und des Geschirrs des Gastgebers oder er spielt auf dessen Klavier; der Theaterbesucher ersucht seinen Nachbarn um dessen Opernglas, um sich einen bestimmten Vorgang auf der Bühne näher anzusehen; der Reisende bittet sich in der Eisenbahn den Fahrplan seines Abteilgenossen aus, um den Anschlußzug festzustellen; der Gast nimmt das Feuer-

[183] vgl. Heck, Sachenrecht § 7 Ziff. 2 S. 28.

zeug seines Tischnachbarn, um sich eine Zigarre anzustecken; der Klient bedient sich des Federhalters des Notars, um eine Urkunde zu unterzeichnen; die Hausfrau nimmt auf dem Markt ein Huhn in die Hand, um es auf sein Gewicht zu prüfen; der Kunde eines Schneiders probiert den fertigen Maßanzug in dessen Räumen an; der Kaufluſtige im Warenhaus zieht den eben von der Stange genommenen Mantel probeweise an.

aa) Die Interessenlage.

Diese Untergruppe betrifft vornehmlich solche vorübergehende Inhabungen, die auf Gestattungen oder Zusagen gesellschaftlicher oder verkehrsüblicher Natur beruhen, die ohne Verpflichtungswillen abgegeben sind und daher die Inhabung zu einer nicht widerrechtlichen machen. Man könnte daher hier auch von „Gefälligkeitsinhabung" sprechen[184]. Gleich wie bei der fremdnützigen Inhabung ist der Gefälligkeitsinhaber abhängig vom Besitzer. Er unterscheidet sich aber von jenem dadurch, daß er die Sache *für sich*, im eigenen Interesse nutzt. Da jedoch eines der unerläßlichen gesetzlichen Merkmale des § 855 die Wahrung *fremder* Interessen ist, scheidet eine unmittelbare Anwendung des § 855 auf solche Fälle eigennütziger Inhabung aus. Gleichwohl ist das Bedürfnis nach einer Verteidigungsvollmacht für den Gefälligkeitsinhaber vorhanden und man könnte hier dieselben Überlegungen anstellen wie bei der fremdnützigen Inhabung. Das Gesetz knüpft eine dreifache Rechtsfolge an den Tatbestand dieser Besitzdienerschaft: die Verneinung der Besitzfolgen für den Diener und damit Ausschluß der Besitzschutzklagen der §§ 861, 862, die Anerkennung des Besitzes für den Herrn und schließlich eine Verteidigungsvollmacht für den Diener. Eben diese Regelung würde auch der Stellung des Gefälligkeitsinhabers gerecht und das umsomehr, als er die Sache im eigenen Interesse nützt.

bb) Die Analogie zu § 855.

Die analoge Anwendung einer Gesetzesbestimmung auf einen konkreten Fall ist jedoch nur dann gestattet, wenn der gesetzgeberische Grundgedanke, der für die gesetzliche Interessengestaltung maßgebend war, auch auf den zu entscheidenden Fall zutrifft, m. a. W., wenn eine Gleichheit der Interessenlagen vorliegt[185]. Es fragt sich

---

184 Über den Charakter der Gefälligkeitszusage vgl. Enneccerus-Lehmann II, 1 § 27 Ziff. 6. Fälle dieser Art werden vielfach auch als „Bittleihe" bezeichnet. Vgl. darüber ausführlich Kuhlenbeck in JW. 1904 S. 226 (228), ferner Staudinger BGB. II, 2 Vorbem. 3 vor § 598. — Das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. 3. 1911 hat in Art. 305 und 309 ausdrücklich Vorschriften über Entstehung und Dauer der „Gebrauchsleihe", die mit der Bittleihe identisch ist, getroffen. Vgl. auch die von Heck, Sachenrecht § 7 Ziff. 8 gebrauchten Ausdrücke.

185 vgl. Lehmann Allgem. T. des BGB. § 8 III Ziff. 2 und 3, S. 55, 56; Heck, Begriffsbildung. . . S. 109, ders. Gesetzesauslegung. . . im ArchzivPr, 112, 194 ff.

daher zunächst, welcher Grundgedanke den Gesetzgeber bestimmt hat, derartige Folgen an einen bestimmten Tatbestand zu knüpfen. Beim Besitzdiener ist es die totale Abhängigkeit von der Person des Sachherrn, die ihm jeglichen Anlaß nimmt, auf die Verwendung der Sache im eigenen Interesse zu vertrauen. Darum spricht ihm die Rechtsordnung auch den Besitz ab, darum verneint sie bei ihm ein Interesse an eigener Besitzverfolgung und endlich liegt es darin begründet, daß sie ihm die Rechte des § 859 nur soweit gestattet, als sie zur Wahrnehmung der Interessen des Herrn dienen. Ganz ähnlich ist die Sachlage bei dem Gefälligkeitsinhaber. Auch er hat auf Grund des bloßen Gefälligkeitsaktes oder während der vorübergehenden, nur innerhalb ganz bestimmter Schranken gestatteten Innehabung keinen Anlaß zu begründeter Kontinuitätserwartung gegenüber dem Besitzherrn. Er ist durch diese Beziehungen so stark von der Persönlichkeit des Besitzers abhängig, daß er ihren Weisungen zu folgen verpflichtet ist, obgleich er die tatsächliche Gewalt nicht „für einen andern", sondern für sich ausübt. Das zweite Merkmal des § 855, wonach der Besitzdiener die „tatsächliche Gewalt über die Sache" für einen anderen ausüben muß, ist also kein notwendiger Bestandteil unselbständiger Inhabungen überhaupt[186], sondern nur ein Anhaltspunkt für die vom Gesetzgeber in § 855 angeschaute Interessenlage. Es genügt daher zur entsprechenden Anwendung dieser Gesetzesbestimmung, wenn nach den Grundgedanken des Gesetzes eine tatsächliche Abhängigkeit des Inhabers von dem Besitzherrn besteht[187].

Die Abhängigkeit vom Willen des Besitzherrn und die mangelnde eigene Kontinuitätserwartung des Besitzdieners kennzeichnen dessen Besitzlage sogar so stark, daß die von ihm unterschlagene und weiterveräußerte Sache als dem Besitzherrn abhanden gekommen zu gelten hat, obschon doch dieser dem Diener die Sache anvertraut hatte.

In Abwandlung der für die erste Untergruppe gefundenen Formulierung läßt sich deshalb sagen, daß auf vorübergehende, in voller Abhängigkeit vom Besitzer ausgeübte Inhabungen der § 855 entsprechende Anwendung findet, wenn die Ausübung der tatsächlichen Gewalt im eigenen Interesse erfolgt.

cc) Die praktische Auswirkung des Vorschlags.

Die praktische Auswirkung dieses Vorschlags liegt auf der Hand und ergibt sich größtenteils unmittelbar aus dem bereits Gesagten. Es soll hier nur kurz die Inhabung des Hotelgastes und die des Privatgastes gegenübergestellt werden, um die Lebensberechtigung des hier gemachten Vorschlags nachzuweisen. Beide wurden früher vielfach hinsichtlich der von ihnen dem Gast zur Verfügung gestellten

[186] vgl. auch Planck, Sachenrecht, S. 49.
[187] vgl. die Darstellung der Ansicht Strohals oben S. 20 ff.; ferner Müller-Erzbach in ZHR., 73/429 (442).

Sitzgelegenheiten, des Tafelgeschirrs usw. auf eine Stufe gestellt[188]. Dabei wurde jedoch der grundlegende Unterschied der beiden Interessenlagen verkannt. Im Verhältnis des Gastwirts zum Gaste verfolgt jeder sein eigenes Interesse: der Wirt mit der Übergabe der tatsächlichen Herrschaft an den Gast und dieser mit der Ausübung seiner Herrschaft über die Sache. Diese bei beiden in gleicher Weise begründeten Interessen rechtfertigen es, daß der Gast einen eigenen, rechtlich geschützten Besitzstand erwirbt, der ihn notfalls gegen den unberechtigten Zugriff des Wirtes schützt. Ganz anders ist die Sachlage jedoch bei einer privaten Einladung. Der Gastgeber, der nur aus Gefälligkeit handelt und keinerlei gesetzliche Verpflichtungen eingehen will, denkt nicht im entferntesten daran, dem Gast mit der Übergabe der Sache in seiner unmittelbaren Herrschaftssphäre einen Besitz zu verschaffen, der sich gegebenenfalls gegen ihn selbst kehren kann. Es ist daher nur interessengerecht, wenn dem Gast der Besitz analog § 855 abgesprochen wird und dem Hausherrn der volle Besitz verbleibt. —

D. Das Endergebnis.

Im Ergebnis kann daher gesagt werden, daß auch der Kurzbesitz grundsätzlich den Besitzregeln unterworfen ist. Nur ist seine Stellung innerhalb des Besitzrechts abhängig von der Stärke und Gestaltung seiner Interesseneinfügung. Die im einzelnen auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten sind aber keine Folge der Unzulänglichkeit des geltenden Besitzrechts, sondern ergeben sich unmittelbar aus der Vielgestaltigkeit des Lebens selbst. Die Wirklichkeit, wie sie uns in immer wechselnder Gestalt entgegen tritt, läßt sich nicht in starre Gesetzesformeln einfangen und man darf nicht vergessen, daß das Leben keine Extreme in Reinkultur zeigt. Es muß daher stets ein nach sozialen Gesichtspunkten ausgerichtetes Abwägen der Einzelinteressen Platz greifen, das besonders dann in den Vordergrund tritt, wenn es sich, wie hier, um die rechtliche Beurteilung eines Grenzfalles handelt.

[188] vgl. jüngst noch Planck, BGB. III S. 50; ferner Strohal in Jher.J. 38/11.

Lebenslauf.

Am 15. April 1910 wurde ich zu Lippstadt i./W. als Sohn des Brauereidirektors Max Kleine und seiner Ehefrau Dora geb. Lupp geboren. Ich bin deutscher Reichsangehöriger und gehöre der katholischen Konfession an. Ostern 1929 bestand ich die Reifeprüfung auf dem Ostendorf-Realgymnasium zu Lippstadt. Sodann studierte ich zwei Semester an der Universität Freiburg i/Br. Rechtswissenschaften, das Sommersemester 1930 verbrachte ich an der Universität Bonn und kehrte im Wintersemester 1930/31 wieder nach Freiburg zurück. Die restlichen drei Studiensemester belegte ich an der Wilhelms-Universität zu Münster i/W. Am 27. März 1933 bestand ich bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Das mündliche Doktorexamen habe ich am 10. Februar 1937 abgelegt.